

LA

THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE

DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 30 Mai 1914 à 3 heures

PAR

Y. CAVAN

Président : M. JACQUELIN, Professeur.

Suffragants { *MM. BERTHÉLEMY, Professeur.*
JÈZE, Professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

ANNE MSON LAROSE & FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arr^t

1914

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA

THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE

DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 30 Mai 1914 à 3 heures



PAR

Y. CAVAN

Président : M. JACQUELIN, Professeur.

Suffragants { *MM. BERTHÉLEMY, Professeur.*
JÈZE, Professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

ANNE MSON LAROSE & FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arr^t

—
1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

INTRODUCTION

Il est devenu banal de constater que le recours pour excès de pouvoir a été tout entier une œuvre prétorienne du Conseil d'Etat. A l'époque où cette Assemblée était placée auprès du chef de l'Etat exclusivement pour l'assister de ses avis, il a paru normal qu'elle s'associât à son contrôle hiérarchique sur les autorités subordonnées et qu'elle préparât ses décisions sur les réclamations formées par les administrés contre les actes des administrateurs entachés d'incompétence ou de vice de forme. Ainsi le recours pour excès de pouvoir est né et s'est développé comme une sorte de recours hiérarchique. Pendant longtemps, exactement jusqu'en 1832, le Conseil d'Etat n'a même pas jugé nécessaire d'appuyer sa compétence sur un texte législatif ; ne rentrait-il pas dans la nature des choses que le chef suprême de l'Administration rappelât

ses subordonnés au respect des règles de compétence et de forme qui limitent et coordonnent leurs pouvoirs ? (1)

En 1832, le Conseil d'Etat, bien que toujours cantonné dans son rôle de donneur d'avis, statuait déjà suivant des formes juridictionnelles, à la suite de la réforme opérée par les ordonnances des 2 février et 12 mars 1831. Peut-être faut-il voir là le motif qui éveilla ses scrupules et lui fit rechercher une base législative à l'exercice d'attributions qu'il avait considérées jusque-là comme naturelles (2). Il rencontra une loi de la période révolutionnaire, qui certainement n'avait pas été faite pour régler la matière, puisqu'elle était une simple loi d'espèce ayant pour objet de trancher un conflit entre le directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Gray mais qui, cependant, s'adaptait admirablement aux besoins de la cause ; c'était la loi des 7-14 octobre 1790, ainsi conçue : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi chef de l'Administration générale. » Ce texte devait être désormais régulièrement visé par les décrets rendus sur les recours pour excès de pouvoir (3).

Le Conseil d'Etat n'en persista pas moins dans son

(1) LAFERRÈRE. *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., tom II, p. 406. — JACQUELIN. *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 231 et suiv.

(2) BERTHÉLEMY. *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^e édit., p. 963. JACQUELIN, *op. cit.* p. 234.

(3) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 402.

œuvre de création. La loi de 1790 lui apportait un appui mais pas d'entraves. Aussi le recours pour excès de pouvoir continua-t-il à se développer. Le premier texte qui le vise expressément, le décret du 2 novembre 1864 n'intervient pas pour le restreindre ni pour le réglementer, mais pour en faciliter l'accès : il le dispense du ministère d'avocat (1). Le recours arrive sous le second Empire à son plein épanouissement : il est la « soupape de sûreté » (2) par où fuse et se détend le mécontentement des administrés.

Que va-t-il se produire lorsque, avec la troisième République, le Conseil d'Etat va acquérir un pouvoir de juridiction propre et rendre enfin une « justice déléguée ». Va-t-il devoir abandonner sa participation dans le contrôle hiérarchique du chef de l'Etat ? Y aura-t-il une dissociation entre ses attributions vraiment contentieuses et celles qui ne l'étaient qu'en la forme ? La chose n'est plus possible. Le recours hiérarchique pour excès de pouvoir a trop pris, par suite des circonstances, l'allure juridictionnelle pour qu'il soit enlevé au tribunal qu'institue la loi du 24 mai 1872. L'article 9 de cette loi l'associe avec le contentieux au fond comme si cette assimilation n'avait rien que de très naturel. « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annu-

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 404.

(2) *Conclusions de M. Aucoc, commissaire du gouvernement, aff. Bizet*. 13 mars 1867.

lation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. » Cette fois le recours est consacré officiellement par une loi. Mais tout en lui reconnaissant définitivement le droit de cité, le législateur ne prétend pas le domestiquer ; il laisse le champ libre à l'activité créatrice du Conseil d'Etat.

Cependant une question se posait : le Conseil d'Etat tribunal allait-il manifester la même audace dans le contrôle de l'administration que le Conseil d'Etat simple collaborateur du chef de l'Etat ? En perdant son caractère hiérarchique le recours pour excès de pouvoir ne se privait-il pas de toute force de vie et d'expansion ? Il semble bien que les premières années du régime nouveau aient été marquées par une assez grande timidité du haut tribunal administratif dans la matière de l'excès de pouvoir (1). Pourtant vers la fin du xix^e siècle et au commencement du xx^e le Conseil d'Etat, poussé sans doute par le besoin d'apporter de l'ordre et de la discipline dans une administration agitée par de nombreuses causes de trouble, paraît au contraire être entré résolument dans la voie d'une extension nouvelle du recours pour excès de pouvoir.

Il a paru nécessaire de tracer en tête de cette étude ce court aperçu historique afin de marquer la physionomie générale du recours dont nous allons étudier une des pièces et de rappeler les grandes phases de son évolution. L'examen de la question spéciale que nous allons aborder s'en trouvera, sur bien des points, éclairci.

(1) JACQUELIN, *op. cit.*, p. 236.

PREMIÈRE PARTIE

Les motifs invoqués en faveur de la doctrine du recours parallèle

Les conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir sont de deux catégories. Les unes sont relatives à la recevabilité du recours ; elles répondent à la question : dans quel cas le recours peut-il être formé ? Les autres concernent les moyens d'annulation et répondent à la question : dans quel cas le recours doit-il aboutir à l'annulation de l'acte ? (1)

Cette division correspond à la distinction qui doit être faite dans l'étude de toute action entre les règles de recevabilité et celles de fond. Mais il faut constater que, dans le recours pour excès de pouvoir, les règles de recevabilité prennent une importance particulière. C'est par elles que le Conseil d'Etat peut, à sa volonté, étendre ou restreindre son contrôle disciplinaire. Le recours pour excès de pouvoir a aujourd'hui si intimement pénétré tout le méca-

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 419.

nisme administratif que ses mouvements de systole ou de diastole peuvent avoir les répercussions les plus graves dans son fonctionnement. Le développement du recours est peut-être momentanément arrêté du côté des moyens d'annulation ⁽¹⁾ mais il est susceptible de s'étendre encore du côté de la recevabilité.

Un mouvement très accentué dans ce sens s'est produit au cours de ces dernières années. De nouveaux actes, jusqu'alors exclus, à raison de leur nature, du contrôle du Conseil d'Etat y ont été assujettis. C'est ainsi que les règlements d'administration publique ont dû rentrer dans le rang avec les autres actes du pouvoir exécutif et se plier à la règle commune. La loi elle-même a considérablement étendu le champ d'action du recours en assimilant à une décision le silence des administrateurs ⁽²⁾ Du côté des formes et des délais, de grandes facilités ont été accordées aux requérants par la possibilité de l'enregistrement en debet (loi du 17 avril 1906, art. 4) et par la solution libérale adoptée par la jurisprudence en ce qui concerne l'interruption de la prescription par l'effet d'un recours hiérarchique ⁽³⁾. Enfin l'intérêt exigé des requérants a été interprété d'une manière de plus en plus extensive : il suffit de rappeler la facilité avec laquelle l'accès du prétoire est ouvert aux contribuables depuis l'arrêt Casanova (29 mars 1901). — S. 01.3.73).

La condition de recevabilité qui a été la plus discutée et

(1) HAURIOU : *Précis de droit administratifs*, 6^e édit., p. 432.

(2) Loi du 17 juillet 1900.

(3) BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 969.

qui paraît bien en effet la plus subtile est celle qui doit faire l'objet de cette étude et qui est relative à la non-existence d'un recours parallèle.

Voici comment se pose la question. Le recours pour excès de pouvoir a essentiellement pour objet la constatation de la légalité ou de l'illégalité d'un acte d'un agent administratif (1). Or l'examen de la légalité d'un acte administratif peut être également porté soit devant le Conseil d'Etat, soit devant d'autres tribunaux, judiciaires ou administratifs, par le moyen où à l'occasion d'autres recours ou actions. Faut-il ouvrir simultanément les deux voies aux intéressés ou le Conseil d'Etat doit-il leur fermer la « route nationale » (2) du recours pour excès de pouvoir toutes les fois qu'un chemin spécial est mis à leur disposition ?

Prenons des exemples. Considérons l'opération juridique complexe qui aboutit à l'établissement de centimes additionnels communaux. Le Conseil municipal prend une délibération par laquelle il vote ces centimes ; puis, si leur nombre dépasse le maximum fixé par le Conseil Général, le Préfet, par un arrêté, approuve cette délibération ; enfin en exécution de la délibération dûment approuvée, il dresse un rôle qui a pour

(1) *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux. Revue du droit public*, 1909, p. 688. JACQUELIN, *op. cit.*, p. 242.

(2) Conclusions du commissaire du gouvernement, M. Romieu, dans l'affaire Merlin (*Recueil des arrêts du Cons. d'Etat* 1900, p. 438).

résultat de mettre une dette, une obligation à la charge des différents contribuables. Au point de vue des recours auxquels une pareille opération peut donner lieu, on peut concevoir deux systèmes. Un système synthétique consiste à envisager l'opération dans son unité et à n'ouvrir le contentieux que lorsqu'elle est arrivée à son point d'aboutissement ; les intéressés ne sont admis à porter une action devant les tribunaux qu'à partir du moment où la dette d'impôt est mise à leur charge, et, en contestant l'existence ou la quotité de cette dette, ils ont la faculté de scruter les différents actes de l'opération et notamment de faire valoir les vices d'illégalité dont ils peuvent être entachés. Au contraire, la méthode analytique permettrait aux intéressés de s'attaquer séparément à chacun des actes de l'opération dès qu'il a vu le jour, et de demander l'annulation de ceux qui seraient irrégulièrement pris. Dans l'exemple donné, ils pourraient ainsi déférer successivement au Conseil d'Etat par le recours pour excès de pouvoir : 1° La délibération du Conseil municipal ; 2° l'arrêté approubatif du préfet ; 3° le rôle arrêté par le préfet. Evidemment, l'annulation de l'un quelconque de ces actes aurait pour effet de supprimer complètement la dette d'impôt et rendrait inutile le recours de pleine juridiction devant le juge de l'impôt. A l'heure actuelle, le système admis en France dans l'espèce prise pour exemple est uniquement le système synthétique. Tout le contentieux de l'opération appartient au Conseil de Préfecture qui peut, lorsqu'il est saisi par

l'action en décharge d'un contribuable, porter son contrôle sur les divers actes qui se sont succédé et doit, s'il reconnaît que l'un d'eux est illégal accorder au requérant la décharge qu'il sollicite. Le Conseil d'Etat considère donc que ce recours devant le Conseil de Préfecture constitue un recours parallèle qui fait obstacle au recours pour excès de pouvoir.

Un autre exemple peut être pris dans la matière des élections municipales. Il appartient au Conseil Général de décider, sous certaines conditions, du sectionnement électoral des communes. Sa délibération peut être entachée d'illégalité, soit pour vice de forme, soit pour violation de la loi. Ouvrira-t-on aux intéressés qui sont, au moins en l'espèce, les électeurs de la commune, le recours pour excès de pouvoir ? La raison de douter vient de ce que la question de la légalité du sectionnement peut être portée incidemment devant un autre tribunal, le Conseil de Préfecture, à l'occasion des recours qui pourront être formés contre les élections faites sur un sectionnement irrégulier. Le Conseil de Préfecture aura compétence pour apprécier la légalité de la mesure prise par le Conseil Général, et, le cas échéant, il annulera les élections. Faut-il ouvrir aux électeurs à la fois le recours pour excès de pouvoir contre la délibération du Conseil Général et le recours devant le Conseil de Préfecture contre les élections, ou au contraire rejeter tout le contentieux sur l'opération électorale elle-même ? Nous verrons qu'après avoir longtemps admis la seconde des deux

solutions, le Conseil d'Etat s'est depuis 1903 rallié à la première (1).

De nombreux autres exemples pourraient être cités. Les deux que nous venons de développer suffisent pour le moment à donner une idée de la question. Nous les avons choisis à dessein dans des espèces où les solutions données par la jurisprudence sont différentes. Nous rechercherons ultérieurement si cette divergence des solutions se justifie. Il nous faut auparavant exposer et discuter les arguments invoqués en faveur de l'une ou de l'autre.

Les partisans de la fin de non-recevoir tenant à l'existence d'un recours parallèle présentent à l'appui de leur thèse les raisons suivantes.

I. En acceptant de statuer sur toutes les questions de légalité, le Conseil d'Etat s'attribuerait une juridiction presque universelle. Il détrônerait tous les autres tribunaux et paraîtrait vouloir reconstituer à son profit le droit d'évocation qui appartenait au Conseil du roi sous l'ancien régime. L'argument a été développé avec beaucoup de force et de clarté par M. Laferrière : « Ce système (le système qui écarte la fin de non-recevoir) tend à investir le Conseil d'Etat, comme juge des excès de pouvoir, d'une juridiction presque universelle, à apporter indistinctement devant lui toutes les questions de légalité d'actes administratifs, même quand elles sont

(1) *Arrêts communes de Massat* (24 juillet 1903) et *Chabot* (7 août 1903).

étroitement liées à des contestations réservées à d'autres juges. Il pourrait ainsi faire revivre sous une autre forme, l'abus des évocations, si justement reproché à l'ancien Conseil du roi. Les tribunaux administratifs de premier ressort et même les tribunaux judiciaires seraient exposés dans mille affaires à se voir enlever la matière d'un débat dont il sont compétemment saisis, à voir leurs jugements menacés par un arrêt du Conseil d'Etat qui trancherait la question de la légalité dont la loi les a fait juges. Que deviendrait par exemple la compétence des tribunaux civils sur les réclamations en matière de contributions indirectes ou d'octrois fondées sur l'illégalité des tarifs servant de base à la perception, si le Conseil d'Etat pouvait être directement saisi d'un recours contre la légalité des actes administratifs édictant ces tarifs ? Que deviendrait la compétence des Conseils de Préfecture sur les demandes en décharge de contributions directes, de taxes syndicales ou d'autres taxes assimilées, si les questions qui touchent à la légalité des impositions et à la régularité des rôles pouvaient lui être dérobées par un recours pour excès de pouvoir ? » (1)

II. Les partisans de la théorie du recours parallèle invoquent en second lieu les dangers de conflit que présente la solution opposée. Le Conseil d'Etat se trouverait fréquemment amené à juger, concurremment avec d'autres tribunaux, de la légalité d'actes administratifs ;

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 477.

il pourrait en résulter des contradictions de décisions choquantes. « Sans doute, dit M. Laferrière (1), il ne faut pas systématiquement reculer devant l'éventualité de pareilles contradictions ; elles sont quelquefois une conséquence forcée de l'indépendance respective des juridictions. Mais il serait peu sage, peu conforme à l'esprit public et à celui des parties de multiplier à plaisir ces occasions de conflit et d'ériger en pratique normale des oppositions de décisions qui ne doivent être que rares et accidentelles. »

III. Enfin certains auteurs ont présenté le recours pour excès de pouvoir comme n'étant que subsidiaire. Il serait l'*ultimum subsidium*, la voie de recours extraordinaire dont on ne pourrait user que lorsque toute autre voie de droit est fermée (2). M. Berthélemy semble admettre que cette thèse pouvait être soutenue lorsque le recours pour excès de pouvoir était principalement un recours hiérarchique. Le chef de l'Etat était fondé à repousser les requêtes qui lui étaient présentées lorsque les intéressés pouvaient obtenir satisfaction en s'adressant aux tribunaux (3).

Un auteur dont les théories originales méritent toujours de retenir l'attention, M. Duguit, insiste tout particulièrement sur le caractère subsidiaire du recours, dont

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 478.

(2) Article de M. Rozy dans la *revue critique de législation et de jurisprudence* 1870, p. 97.

(3) BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 967.

il fait la base fondamentale de la théorie du recours parallèle. « Le recours pour excès de pouvoir se justifie sans doute pleinement ; il rend d'immenses services ; il peut seul protéger efficacement les particuliers contre les violations des lois de compétence ; mais, cependant, il est quelque chose d'anormal en soi, puisqu'il a pour résultat de faire juger une question de légalité objective par un organe qui, normalement, est un organe de juridiction et doit seulement constater des situations juridiques subjectives préexistantes. L'individu qui introduit le recours pour excès de pouvoir ne fait pas valoir un droit subjectif, et on ne peut pas dire que pour le sanctionner il est libre de choisir entre les diverses voies de droit qui lui sont ouvertes. Il joue le rôle en quelque sorte de ministère public tendant à assurer le respect de la loi ; il est rationnel que ce rôle ne lui appartienne que lorsqu'il n'a pas d'autre moyen de protéger ses intérêts contre l'arbitraire administratif. S'il se trouve dans une situation juridique subjective qui lui assure une action proprement dite, cette action protégera suffisamment ses intérêts ; il est légitime et logique qu'il ne lui soit point permis d'agir par la voie du contentieux objectif et de demander une décision sur la question de légalité. Ce caractère subsidiaire, attribué par une jurisprudence constante au recours pour excès de pouvoir, cadre ainsi parfaitement avec le caractère de recours objectif que nous lui avons reconnu » (1).

(1) DUGUIT : *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 539.

Loin de nous la pensée de méconnaître la force des arguments qui viennent d'être exposés. Il nous paraît cependant qu'ils doivent être repoussés ou bien n'être acceptés qu'avec une portée beaucoup plus restreinte que celle que leur ont donnée leurs auteurs.

L'action du Conseil d'Etat, qui accepte de connaître des questions de légalité qui lui sont soumises par le recours pour excès de pouvoir, ne peut pas être assimilée à l'exercice du droit d'évocation par le souverain sous l'ancien régime. Lorsque le roi en son Conseil évoquait une affaire, il dessaisissait le tribunal qui aurait été normalement compétent pour en connaître ; les justiciables étaient distraits de leurs juges naturels et leurs causes étaient portées devant une assemblée que n'inspirait sans doute pas exclusivement l'idée de justice. Au contraire, l'intervention du Conseil d'Etat provoquée par le recours pour excès de pouvoir a généralement pour effet de renforcer les garanties des administrés. De deux choses l'une en effet : ou le Conseil d'Etat annule l'acte qui lui est déféré, ou il rejette le recours. S'il annule l'acte, le requérant a immédiatement satisfaction. S'il rejette le recours, sa décision n'a qu'une autorité relative, et l'intéressé reste libre de faire trancher à nouveau la question de légalité qu'il avait soumise à cette assemblée, par le tribunal auquel compétence a été spécialement donnée par la loi. Seuls, en cas d'annulation, les tiers qui avaient intérêt au maintien de l'acte attaqué peuvent se plaindre, et le Conseil d'Etat le reconnaît puisqu'il leur donne le droit d'intervention et qu'il

paraît même aujourd'hui vouloir leur ouvrir dans certains cas la voie de la tierce opposition (1). Mais dans tous les cas la prétendue évocation faite par le Conseil d'Etat serait loin de produire un effet aussi complet et aussi préjudiciable que les évocations du Conseil du roi sous l'ancien régime.

Qu'est-ce qui autorise, d'autre part, à ne considérer le recours pour excès de pouvoir que comme une voie de droit subsidiaire ? Il ne l'était pas avant 1872, quoiqu'en pense M. Berthélemy, car il était logique que le pouvoir d'annulation du Chef de l'Etat vi-à-vis des actes des autorités administratives entachés d'excès de pouvoir s'exerçât sans entraves d'aucune sorte. L'est-il devenu davantage en acquérant le caractère contentieux ? M. Duguit paraît l'admettre en se fondant sur l'anomalie de ce recours qui, tout en restant au fond hiérarchique, a été confié à un tribunal et a revêtu ainsi une forme juridictionnelle. Il lui paraît logique que les actions véritablement contentieuses prennent le pas sur ce recours bâtard qui ne peut-être qu'un pis-aller. Ainsi, c'est du caractère anormal du recours pour excès de pouvoir que le savant auteur déduit son caractère subsidiaire. Son raisonnement nous paraît reposer sur une pétition de principe. La question est précisément de savoir si le recours contentieux pour excès de pouvoir, qui est en quelque sorte une création artificielle du législateur, ou si l'on veut une création artifi-

(1) C. d'E. 29 nov. 1912. BOUSSUGE et autres (*Recueil des arrêts du C. d'E.* 1128).

cielle du Conseil d'Etat sanctionnée par le législateur, a été institué par ce dernier uniquement comme un recours subsidiaire, devant être manié avec la plus grande circonspection de manière à n'entraîner aucune diminution dans les attributions des autres tribunaux, ou si, au contraire, il a été considéré par lui comme une voie de droit largement ouverte et permettant de réprimer de la manière la plus directe, la plus immédiate, les atteintes, toutes les atteintes portées à la légalité.

Les termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 ne laissent place à aucune équivoque. « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. » Aucune restriction n'est apportée aux pouvoirs du haut tribunal (1). Sa compétence est établie avec une portée générale. Ce n'est pas en usant chaque fois du droit exceptionnel d'évocation qu'il attire à lui le contentieux de l'annulation ; sa porte est ouverte à tous les demandeurs. Loin d'être subsidiaire son rôle est illimité et souverain. Il est même intéressant de constater que la loi a réuni dans le même article et dans la même phrase les attributions du Conseil d'Etat touchant au contentieux de pleine juridiction et ses attributions relatives au contentieux de l'annulation. Les unes et les autres sont placées sur le même pied avec des prérogatives égales.

(1) JACQUELIN, *op. cit.*, p. 245.

Il est d'ailleurs, comme on l'a fait remarquer, conforme aux principes généraux du droit qu'une fin de non-recevoir ne peut pas être opposée à une action sous prétexte que la partie pourrait arriver aux mêmes fins en exerçant une action différente. La loi elle-même a fait une application de ce principe en permettant à la partie lésée par le fait délictueux d'un tiers de porter à son choix son action en indemntié soit devant la juridiction civile, soit devant le tribunal de répression conjointement à l'action pénale. C'est ainsi encore que la nullité ou la déchéance d'un brevet d'invention peut être demandée au tribunal civil par voie d'action directe ou opposée devant le tribunal correctionnel en défense à une action en contrefaçon (1).

Le recours pour excès de pouvoir ne fait, au surplus, pas double emploi avec aucun autre recours. Il correspond à une idée spéciale, l'idée d'annulation, de cassation, prononcée d'une manière objective dans l'intérêt de la légalité. Au contraire, les autres actions tendent en général à faire constater des droits subjectifs. M. Laferrière lui-même le reconnaît et repousse pour cette raison le caractère subsidiaire du recours. (2).

Différents aussi sont les effets produits par l'annulation prononcée à la suite du recours pour excès de pouvoir et par la constatation de l'illégalité de l'acte faite incidemment par le juge au cours d'un débat plus large. L'annu-

(1) COLLET : *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1876, p. 225.

(2) LAFERRIÈRE : *Op. cit.*, t. II, p. 478.

lation prononcée par le Conseil d'Etat a un effet absolu *erga omnes* : l'acte est anéanti, « expulsé du système juridique » (1). Au contraire si à l'occasion d'un débat plus large, le juge est amené à constater incidemment l'illégalité d'un acte administratif, sa constatation ne peut avoir pour résultat que de paralyser les effets de l'acte dans un cas spécial et à l'égard des parties en cause seulement (2). L'acte lui-même subsiste. Il continue à produire ses effets. Toute partie qu'il atteindra dans ses droits devra, chaque fois, soulever un débat nouveau avec les risques que comporte tout procès. Les solutions données par les différents tribunaux, ou même par le même tribunal dans des espèces différentes, pourront être contradictoires. Le même acte, reconnu comme légal par un tribunal, sera proclamé illégal par un autre, qui en refusera l'application.

Ainsi le recours pour excès de pouvoir ouvre aux administrés lésés par l'illégalité des actes des administrateurs une voie large, d'accès facile, qui leur donne une satisfaction directe, immédiate et absolue. Aucune autre action n'offre de pareils avantages. Ce sont ces caractères particuliers qui ont fait la popularité du recours, qui ont encouragé le Conseil d'Etat à l'étendre, qui ont conduit le législateur à le sanctionner. Ne serait-il pas contraire à l'esprit général qui a inspiré cette création originale d'en refuser, dans certains cas, les avantages aux citoyens en les obli-

(1) HAURIOU : *Op. cit.*, p. 428.

(2) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 479.

geant à se rejeter vers des procédures plus détournées, plus longues et conduisant à des résultats plus rétrécis ?

Reste l'objection fondée sur le danger des contrariétés trop fréquentes de décisions. A vrai dire, de pareilles contradictions sont moins à craindre qu'on ne pourrait le supposer. En effet, si le Conseil d'Etat annule l'acte qui lui est déféré, sa décision a un effet absolu *erga omnes* ; elle s'impose non seulement aux tribunaux de l'ordre administratif, mais encore à ceux de l'ordre judiciaire. Aucune contrariété de décisions n'est donc à craindre dans ce cas. Dans l'hypothèse opposée, si le Conseil d'Etat refuse d'annuler l'acte qui lui est déféré, parce qu'il le considère comme légalement fait, sa décision n'a qu'une autorité relative ; elle ne s'impose pas aux autres tribunaux, qui peuvent très bien affirmer l'illégalité de l'acte. Mais, en fait, l'arrêt du Conseil d'Etat aurait le plus souvent une force morale suffisante pour éviter une contrariété de décisions (1). Au besoin, le haut tribunal administratif pourrait imposer son point de vue aux autres tribunaux du même ordre, qui lui sont tous soumis par la voie de l'appel ou de la cassation. Il n'aurait pas, sans doute, le même pouvoir de contrainte vis-à-vis des tribunaux judiciaires. Aucun moyen légal ne permet d'éviter d'une manière absolue les contrariétés de décisions de la part de juridictions d'ordres différents. Il y a là une conséquence

(1) MARIE : *Le droit positif et la juridiction administrative*, tome II, p. 794.

inévitables de l'indépendance respective des deux ordres de juridictions.

Des considérations générales que nous avons exposées, il résulte que logiquement la fin de non recevoir du recours pour excès de pouvoir tirée de l'existence d'un recours parallèle ne paraît pas devoir être approuvée sans restrictions. Mais précisément le Conseil d'Etat a peu à peu apporté lui-même à la théorie qu'il avait élaborée des conditions de plus en plus restrictives. Ce sont ces conditions que nous nous proposons d'étudier maintenant. Nous examinerons d'abord les trois conditions qu'avait dégagées Laferrière : ne peut mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir qu'un recours qui est à la fois juridictionnel, direct et parallèle. Nous nous demanderons si ces conditions sont toujours rigoureusement appliquées par le Conseil d'Etat.

Puis nous rechercherons dans les arrêts récents du Conseil d'Etat si de nouvelles règles ne sont pas venues compléter celles posées par Laferrière et rétrécir encore la portée de la fin de non recevoir.

Enfin nous nous demanderons si le résidu d'application de la théorie du recours parallèle ne pourrait pas encore être réduit dans l'intérêt de la bonne administration et de la justice, c'est-à-dire dans l'intérêt général.

DEUXIÈME PARTIE

Les conditions que doit présenter un recours pour mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir

CHAPITRE I

LES CONDITIONS INDIQUÉES PAR LAFERRIÈRE

§ 1. — LE RECOURS DOIT-ÊTRE JURIDICTIONNEL

Ne peut mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir qu'un recours juridictionnel, c'est-à-dire un recours porté devant un tribunal, que ce soit un tribunal de l'ordre administratif ou un tribunal de l'ordre judiciaire.

Laferrière affirme la règle sans y insister. « Enfin le recours parallèle et direct qui fait obstacle au recours pour excès de pouvoir ne doit s'entendre que d'un recours de nature contentieuse, d'une action devant un tribunal

judiciaire ou administratif et non d'un simple recours hiérarchique devant l'autorité supérieure » (1).

La règle n'a cependant pas toujours été appliquée d'une manière générale. En matière d'abus, notamment, il a toujours été considéré que le pouvoir qui appartenait au Chef de l'Etat d'annuler les actes entachés de ce vice mettait obstacle à la juridiction du Conseil d'Etat. Il en était ainsi, non seulement dans le cas d'abus ecclésiastique, ce qui pouvait se comprendre, puisque le Conseil d'Etat au contentieux n'aurait sans doute pas été compétent pour connaître des actes des autorités ecclésiastiques, mais encore dans le cas d'abus civil, c'est-à-dire lorsqu'il était porté atteinte par un agent administratif « à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres. » (Art. 7 des articles organiques) (2).

La solution est formellement inscrite dans deux arrêts du Conseil d'Etat du 22 décembre 1876 (L'abbé Badaroux) (3), et du 23 mai 1879 (évêque de Fréjus) (4). Dans la première espèce, le maire de la commune de Saint-Hippolyte avait par arrêté réglementé les conditions dans lesquelles pourrait sortir la procession de la Fête-Dieu ; l'abbé Badaroux, curé de la paroisse, ayant déféré cet arrêté au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, son recours fut rejeté. « Considérant que l'arrêté attaqué a été

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 481.

(2) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 91 et suiv.

(3) *Recueil* 1876, p. 918.

(4) *Recueil* 1879, p. 407.

pris par le maire de Saint-Hippolyte dans l'exercice des pouvoirs de police qu'il tient des lois ci-dessus visées des 14-22 décembre 1789 et 16-24 août 1790 et qu'il constitue dès lors un acte d'administration contre lequel le requérant pouvait former le recours pour abus prévu par l'article 7 de la loi du 18 Germinal an X, s'il croyait qu'il était porté atteinte par cet acte à l'exercice public du culte, mais qu'il n'était pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, art. 9. »

Le considérant est encore plus net dans l'arrêt du 23 mai 1879, où il est décidé qu'un arrêté interdisant les processions ne peut pas « être déféré au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, sauf le recours pour abus qui compète à toute personne intéressée, en vertu des articles 7 et 8 de la loi du 18 Germinal an X contre tout acte de l'autorité civile qui porterait atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres. »

Encore de nos jours, le Conseil d'Etat ne paraît pas complètement déterminé à éliminer les recours hiérarchiques come fins de non recevoir du recours pour excès de pouvoir. On trouve un exemple relativement récent des hésitations assez surprenantes du haut tribunal administratif dans la matière de la constitution des associations syndicales de propriétaires.

Les associations syndicales autorisées sont constituées par un arrêté du préfet qui peut avoir pour effet de con-

traindre un certain nombre de propriétaires dissidents à entrer dans le groupement dont la formation est désirée par une certaine majorité d'intéressés. L'article 13 de la loi du 21 juin 1865 prévoit que l'arrêté préfectoral peut être déféré par les propriétaires intéressés et par les tiers « au ministre des Travaux publics dans le délai de un mois à partir de l'affiche ; le recours est déposé à la préfecture, et transmis, avec le dossier, au ministre, dans le délai de 15 jours ; il est statué par un décret rendu en Conseil d'Etat. » Il s'agit bien là d'un recours hiérarchique. Ce recours aurait certainement existé si la loi ne l'avait pas prévu ; la seule différence est que la décision aurait été remise au ministre au lieu d'être confiée au Chef de l'Etat. En conséquence, le recours pour excès de pouvoir doit normalement être ouvert contre l'arrêté du Préfet dès sa promulgation.

C'est ce qu'avait toujours admis, jusque dans ces dernières années, le Conseil d'Etat. L'exemple cité par Laferrière pour montrer qu'un simple recours hiérarchique ne peut entraver le recours pour excès de pouvoir est même emprunté à la matière qui nous occupe. Par l'arrêt de Vilars du 6 juin 1879 (1), le Conseil d'Etat avait en effet affirmé que « si, par l'article 13 de la loi du 21 juin 1865, un recours spécial par la voie administrative a été ouvert contre les arrêtés préfectoraux organisant des associations syndicales autorisées pour l'exécution des ouvrages pré-

(1) *Recueil* 1879, p. 463.

vus au cinq premiers numéros de l'article 1 de ladite loi, cette disposition ne fait pas obstacle à ce que l'arrêté du préfet soit, s'il y a lieu, dans le délai de trois mois, déféré pour excès de pouvoir au Conseil d'Etat statuant au contentieux, en vertu des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872. »

La solution était admise comme non douteuse par M. Aucoc, qui écrivait dans ses « Conférences » : « Du reste, ce recours par la voie hiérarchique ne fait pas obstacle au recours qui pourrait être formé devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir contre l'arrêté du préfet et le décret présidentiel lui-même. » (1)

Un arrêt du Conseil d'Etat du 22 novembre 1907 (commune de Saint-Jean-de-la-Croix) (2) a pourtant statué en sens contraire. La commune de Saint-Jean-de-la-Croix et divers intéressés avaient déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir une décision du 4 septembre 1905 par laquelle le préfet de Maine-et-Loire avait refusé son autorisation à une association syndicale ayant pour but l'assainissement de prairies dans certaines communes ; il est à noter qu'au préalable un recours avait été formé contre le même arrêté devant le ministre de l'Agriculture. Le Conseil d'Etat se fonda sur ce fait pour repousser, au moins momentanément, le recours pour excès de pouvoir.

« Considérant que d'après l'article 13 de la loi du 21 juin 1865 et le décret du 14 novembre 1881, l'arrêté

(1) Aucoc : *Conférences*, 3^e édit., tome II, p. 671.

(2) *Recueil* 1907, p. 844.

préfectoral portant autorisation ou refus d'autorisation d'une association syndicale de propriétaires intéressés à l'exécution de travaux spécifiés à ladite loi peut être déféré au ministre de l'Agriculture soit par ces propriétaires, soit par les tiers dans le délai d'un mois à partir de l'affichage dudit arrêté, et qu'il est statué sur le recours par un décret rendu en Conseil d'Etat.

« Considérant qu'il résulte des pièces versées au dossier que, par application de la disposition législative ci-dessus rappelées, un recours contre l'arrêté par lequel le préfet du département de Maine-et-Loire a refusé d'autoriser l'association projetée entre les propriétaires intéressés à l'assainissement d'un ensemble de prairies a été formé devant le ministre de l'Agriculture, à la date du 12 octobre 1905 ; que, par l'effet de ce recours, l'arrêté du préfet de Maine-et-Loire n'a pas acquis le caractère d'une décision définitive, et que, dès lors, le recours tendant à en faire prononcer l'annulation pour excès de pouvoir n'est pas recevable en l'état ;

« Considérant, d'ailleurs, qu'en cas de confirmation dudit arrêté par le décret à intervenir, il appartiendra aux requérants, s'ils estiment que le refus d'autorisation est entaché d'excès de pouvoir, de poursuivre l'annulation de l'arrêté préfectoral et conjointement de la décision confirmative ».

Sans doute, le Conseil d'Etat ne ferme-t-il pas d'une manière absolue le recours pour excès de pouvoir. Il l'ajourne seulement. Les intéressés obtiendront peut-être

satisfaction par l'effet du recours hiérarchique ; alors la voie contentieuse deviendra inutile. S'il n'est pas fait droit à leur demande par le ministre, alors, il sera toujours temps qu'ils défèrent conjointement au tribunal l'arrêt préfectoral et la décision confirmative présidentielle.

Mais, réellement, pourquoi imposer un pareil détour aux demandeurs ? Pourquoi faire une exception dans le cas particulier qui nous occupe à une règle généralement suivie ? Tous les actes des autorités administratives subordonnées sont susceptibles d'un recours administratif devant le supérieur hiérarchique ; dira-t-on que dès que les intéressés ont choisi la voie du recours hiérarchique, ils ne peuvent plus s'aiguiller sur la voie contentieuse tant qu'ils n'ont pas été jusqu'au bout de leur première tentative ? C'est bien inutilement rallonger les délais, et faire courir tant aux intéressés qu'à l'Administration les dangers d'une exécution que rend en principe toujours possible le caractère non suspensif des recours en matière administrative. Si l'on peut louer sans réserve le libéralisme avec lequel le Conseil d'Etat a décidé que la formation du recours hiérarchique suspend le délai du recours pour excès de pouvoir, il ne faudrait pas cependant que cet encouragement donné aux intéressés d'épuiser les moyens d'accord en quelque sorte amiable avant de saisir la justice aboutisse en définitive à des complications de procédure.

Evidemment la raison qui a poussé le Conseil d'Etat

à adopter la solution de l'arrêt « Commune de Saint-Jean-de-la-Croix » est que l'existence du recours hiérarchique était, dans l'espèce, expressément indiquée dans la loi du 21 juin 1865 et le décret du 14 novembre 1881. Mais nous ne voyons pas en quoi ce rappel d'une règle générale doit conduire à une solution particulière.

C'est sous un aspect légèrement différent que se présente la matière des recours contre les délibérations des Conseils municipaux. Ces délibérations peuvent aux termes des articles 63, 64 et 65 de la loi du 5 avril 1884, être entachées de certains vices, qui les rendent soit nulles de droit, soit simplement annulables. Il y a nullité de droit lorsque la délibération a été prise en dehors des sessions légales du Conseil municipal, lorsqu'elle porte sur un objet non compris dans ses attributions légales, ou enfin, d'une manière plus large, lorsqu'elle est entachée de violation de la loi (art. 63). Il y a simple annulabilité lorsqu'un conseiller municipal intéressé dans une affaire a pris part à la délibération (art. 64).

La nullité de plein droit et l'annulation sont prononcées toutes deux, disposent les art. 65 et 66, par le Préfet en Conseil de Préfecture. Il y a simplement des différences de délais. La nullité de droit peut-être « prononcée par le Préfet, et proposée ou opposée par les parties intéressées à toute époque. » L'annulation peut-être provoquée d'office par le Préfet dans un délai de 30 jours à partir du dépôt du procès-verbal de la délibération à la sous-préfecture ou à la préfecture ; elle peut aussi être demandée

par tout intéressé et, dans ce cas, « la demande doit être déposée, à peine de déchéance, à la sous-préfecture ou à la préfecture dans un délai de quinze jours à partir de l'affichage à la porte de la mairie. Il en est donné récépissé. Le Préfet statuera dans le délai d'un mois (art. 66) ».

L'article 67 ajoute : « Le Conseil municipal, et, en dehors du Conseil, toute partie intéressée peut se pourvoir contre l'arrêté du préfet devant le Conseil d'Etat. Le pourvoi est introduit et jugé dans les formes du recours pour excès de pouvoir ».

Ainsi, la loi du 5 avril 1884 organise de toutes pièces un recours en annulation contre les délibérations du Conseil municipal. Elle en règle minutieusement toutes les parties. Elle l'ouvre largement à tous les intéressés ; c'est même, sans doute, à l'assimilation qu'elle fait entre les intéressés et les contribuables qu'est dû l'élargissement opéré par le Conseil d'Etat dans les conditions d'accès du recours pour excès de pouvoir lui-même : l'arrêt Casanova (29 mars 1901), par lequel l'entrée du prétoire a été accordée aux contribuables, a été rendu à l'occasion d'un recours formé dans les conditions de la loi de 1884 (1).

Ce recours est hybride. Administratif au premier degré, il devient juridictionnel au second. Au premier degré, il est statué, en effet, non pas par le Conseil de Préfecture, mais par le Préfet en son Conseil : le Préfet intervient donc comme organe administratif,

(1) S. 01.3.73 et la note de M. Hauriou.

investi de la tutelle sur les communes. Au second degré, il est statué par le Conseil d'Etat, et non par décret en Conseil d'Etat. Et c'est le Conseil d'Etat tribunal administratif qui est compétent, et non le Conseil d'Etat corps consultatif ; l'article 67 dispose en effet que « le pourvoi est introduit et jugé dans les formes du recours pour excès de pouvoir. »

Il y a là une innovation bizarre de la loi de 1884. Rien de semblable n'existait dans les lois municipales antérieures des 18 juillet 1837 et 24 juillet 1867. M. Hauriou (1) a cherché à donner les raisons de cette création d'une sorte de monstre juridique, mais elles ne nous paraissent pas convaincantes.

« Les délibérations d'assemblées locales, dit-il, comparées aux actes des organes exécutifs, sont à la fois semblables et différentes. Semblables, car, à raison de leur nature identique de décisions exécutoires, elles sont, en principe, susceptibles du même recours pour excès de pouvoir ; différentes, car on a cru devoir organiser contre elles une voie de nullité surrogatoire.

« En quoi consiste donc la différence ?

« En réalité, une délibération d'Assemblée est un acte plus complexe qu'une décision prise par un organe exécutif. La décision d'un organe exécutif nous apparaît toute faite, telle Minerve jaillissant toute armée du cerveau de Jupiter ; nous n'assistons pas à la genèse de sa

(1) S. 01.3.41 et la note de M. Hauriou.

confection, même dans les cas où sa rédaction a été l'œuvre d'un Conseil consultatif et où il y a eu délibération de ce Conseil..... Il n'en va pas de même de la décision d'une Assemblée délibérante. L'Assemblée délibérante est faite pour délibérer ; elle ne doit prendre une décision qu'après avoir délibéré. La délibération est l'opération par laquelle elle prend une décision. Cette opération a une valeur juridique et est astreinte à des règles par cela même que l'organe est délibérant et par cela même que cet organe est séparé de l'organe exécutif par les lois organiques administratives. Toute décision d'Assemblée délibérante présente donc un double caractère. Elle est une décision exécutoire si l'on n'envisage que son effet ; mais elle est en même temps une délibération si l'on envisage l'opération par laquelle elle a été prise, et, comme l'opération délibérative est astreinte à des règles, comme elle est juridique, on conçoit que, si elle a été entachée de quelque irrégularité, une voie de nullité peut être créée pour anéantir la délibération en tant qu'elle est le résultat d'une opération délibérative irrégulière. Que si cette voie de nullité n'a pas été créée, ou ne s'applique pas dans l'hypothèse, alors on sera autorisé à se demander si la même délibération n'a pas été viciée dans son effet exécutoire par un excès de pouvoir, et ainsi l'on fera le procès de l'acte tantôt du côté de la délibération, tantôt du côté de la décision exécutoire produisant effet de droit. »

Cette analyse très fouillée de l'opération complexe

qu'est une délibération d'Assemblée délibérante, pour exacte qu'elle soit, ne nous paraît pas devoir conduire à reconnaître deux voies de nullité différentes, concernant l'une l'opération délibérative, et l'autre la décision qui en résulte. Dans tous les cas, l'examen contentieux ne peut être mis en mouvement que lorsqu'un acte définitif, un acte susceptible de faire grief, pour employer la terminologie du Conseil d'Etat, est intervenu. Jusque-là, il n'y a rien qui soit opposable aux intéressés. Une délibération qui se terminerait sans un vote serait un phénomène sans valeur ; pour que le contentieux puisse être lié, il faut qu'elle se cristallise en quelque sorte dans une décision. Et le juge auquel la décision est déférée a le pouvoir d'examiner au point de vue de la légalité toutes les conditions dans lesquelles elle a été prise.

Au surplus, la loi de 1884 ne distingue pas entre le contrôle de l'opération délibérative et le contrôle de la décision. Que le vice invoqué soit l'illégalité de l'opération délibérative, délibération intervenue en dehors des sessions légales ou avec le concours d'un conseiller intéressé, ou l'illégalité de la décision, décision entachée d'excès de pouvoir ou de violation de la loi, ou enfin l'illégalité simultanée des deux actes, délibération prise en dehors des attributions légales du Conseil, c'est toujours le même recours qui est institué, le recours hybride, mi-partie administratif, mi-partie juridictionnel, que nous avons décrit.

La question qui se pose est de savoir si ce recours doit

être considéré comme remplaçant le recours pour excès de pouvoir. On ne pourrait, dans tous les cas, pas dire qu'il le bouche : car, comme nous l'avons montré, il conduit, dans sa seconde période, à un examen juridictionnel du Conseil d'Etat fait dans la forme du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire, en réalité, à un véritable recours pour excès de pouvoir. Mais les intéressés conservent-ils la faculté que le droit commun leur donnerait de déférer immédiatement au Conseil d'Etat la délibération du Conseil municipal arguée d'illégalité, ou bien faut-il qu'ils suivent nécessairement la voie tracée par les articles 63 à 67 de la loi du 5 avril 1884 ? Sont-ils dans tous les cas astreints à saisir en premier lieu le Préfet, quitte à déférer ensuite la décision de ce dernier au Conseil d'Etat ?

C'est cette dernière solution qu'impose une jurisprudence aujourd'hui fermement établie de la haute Assemblée. Elle est inscrite pour la première fois dans un arrêt Pilon de Saint-Philbert contre commune de Beuzeval du 1^{er} avril 1898 (1).

« Considérant que les délibérations des Conseils municipaux contre lesquelles sont ouvertes les voies de recours prévues aux articles 63 et suivants de la loi du 5 avril 1884 ne sont pas susceptibles d'être déférées directement au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir..... »

(1) *Recueil* 1898, p. 272.

Que faut-il penser de cette solution ? A notre sens étant donnés les termes des articles 63 et suivants de la loi du 5 avril 1884, elle s'imposait. Les conditions ne sont plus les mêmes qu'en matière d'autorisation d'Associations syndicales de propriétaires. La loi de 1865 n'organisait pas un recours complet ; elle peut, et, à notre sens, elle doit être considérée comme ayant voulu seulement rappeler l'existence d'un recours hiérarchique contre l'arrêté d'autorisation du Préfet, et soumettre ce recours à des règles spéciales, la décision devant être prise non par le ministre, comme le voudrait le droit commun, mais par le chef de l'Etat en Conseil d'Etat. Au contraire, il est visible que la loi de 1884 a voulu ouvrir une voie de droit qui puisse donner complète satisfaction et toute garantie aux requérants. On doit considérer qu'elle a mis une condition supplémentaire à l'exercice du recours pour excès de pouvoir, savoir : l'exercice préalable d'un recours hiérarchique devant le Préfet en Conseil de Préfecture. Le Conseil d'Etat ne peut pas être saisi *omisso medio*. Il y a là, consacré par la loi, un détour analogue à celui qu'imposait la jurisprudence lorsque régnait la fameuse théorie du ministre juge ; et il est à remarquer justement que cette théorie, qui n'a été définitivement abandonnée qu'avec l'arrêt Cadot (13 décembre 1889), était encore en application lorsqu'a été délibérée et votée la loi de 1884.

Mais si, dans l'état actuel des textes législatifs, la solution donnée par le Conseil d'Etat nous paraît à l'abri de

toute critique, il ne s'ensuit pas qu'en législation elle nous paraisse devoir être approuvée. A notre sens, toute complication imposée dans le maniement du recours pour excès de pouvoir est un mal. Il est de l'intérêt général que la légalité règne dans tout le fonctionnement de la machine administrative. Il faut éviter de créer des coins, ou, à l'abri de formalités de procédure, puisse s'embusquer l'arbitraire des agents administratifs. Partout les intéressés doivent pouvoir, sans faire antichambre, solliciter le Conseil d'Etat de projeter la saine lumière de son contrôle. Les pouvoirs de tutelle mis aux mains des Préfets sont trop mal exercés pour qu'on prétende les interposer entre les requérants et l'examen juridictionnel du Conseil d'Etat.

Aussi, désirerions-nous la réforme des articles 63 et suivants de la loi du 5 avril 1884, et le recours au droit commun pour l'exercice des recours portés contre les délibérations des Conseils municipaux.

§ 2. — LE RECOURS DOIT-ÊTRE DIRECT

Pour mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir, le recours porté devant une autre juridiction doit, d'après une jurisprudence aujourd'hui complètement fixée du Conseil d'Etat, être direct. M. Laferrière donne de cet adjectif la définition suivante :

« Le recours doit conduire la partie directement au but auquel elle a le droit de tendre en vue de son intérêt personnel au moyen d'une action résultant de sa propre initiative ». (1)

Cette condition a pour résultat de rendre inopérants les recours qui se présenteraient sous la forme de simples exceptions : « La fin de non-recevoir tirée du recours parallèle n'est donc opposable, dit M. Laferrière, que si la partie lésée peut prendre l'initiative d'un véritable recours, soit contre l'acte administratif illégal, soit tout au moins contre les applications qui lui en sont faites. » (2)

Il paraît bien que, par cette exigence d'un « recours direct », M. Laferrière, et la plupart des auteurs qui ont écrit sur le recours pour excès de pouvoir, aient eu en vue surtout, et peut-être même uniquement, de rendre inopposable l'exception d'illégalité dont les tribunaux judiciaires peuvent connaître lorsqu'ils doivent appliquer une sanction pénale à la violation d'un acte administratif, C'est ainsi que M. Laferrière écrit :

« Mais, s'il suffit que la partie ait une action qui lui permette de détourner les effets de l'acte administratif, il ne suffirait pas qu'elle n'ait à sa disposition qu'une exception, un moyen de défense à opposer à des poursuites à fins répressives qu'on exercerait contre elle en

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 481.

(2) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 480.

vertu de cet acte.... Un exemple en fera bien comprendre l'application. Supposons que l'acte dont la légalité est contestée soit un règlement administratif, dont l'exécution est garantie par l'article 471, parag. 15 du Code pénal et par les peines de simple police que ce texte édicte, ou bien une prescription administrative individuelle garantie par une sanction pénale, par exemple un arrêté d'expulsion prononcé contre un étranger, dont l'infraction est punie de peines correctionnelles. Le contrevenant poursuivi devant le tribunal de répression aura certainement le droit de se défendre en invoquant l'illégalité du règlement ou de l'arrêté, mais pour cela il faudra qu'il soit poursuivi, c'est-à-dire qu'il se soit mis en contravention. Or, il ne serait ni juridique ni équitable de considérer ce moyen de défense qu'il tirerait de l'illégalité de l'acte, comme l'équivalent d'une action, d'exiger que la partie lésée soit réduite à la défensive devant le juge de répression, au lieu de prendre l'offensive devant le juge de l'excès de pouvoir. C'est pourquoi le recours au Conseil d'Etat peut être directement formé contre le règlement ou l'arrêté dont il s'agit. »

Cette règle du « recours direct » ne s'est fait admettre que tardivement par le Conseil d'Etat. Pendant longtemps, le haut tribunal administratif s'est refusé à recevoir les recours en annulation formés contre des règlements munis d'une sanction pénale de la compétence judiciaire, il objectait que la question de la légalité de ces règlements ne pouvait être discutée que devant les tribu-

naux judiciaires juges de la contravention, ou devant l'autorité supérieure saisie d'un recours hiérarchique (1). Puis à partir de 1852, il admit certaines exceptions à cette règle ; mais il est difficile de dégager de sa jurisprudence les cas dans lesquels il reconnaissait l'existence de ces exceptions.

Par deux arrêts Lesbats des 25 février 1864 et 7 juin 1865, le Conseil d'Etat a reçu des recours formés contre des règlements préfectoraux en matière de police des chemins de fer. Le préfet de Seine-et-Marne avait, sur les instructions du ministre, refusé à un entrepreneur de transports l'autorisation de faire entrer et stationner ses omnibus et autres voitures de louage dans la cour de la gare de Fontainebleau ; mais cette interdiction n'avait eu pour objet que d'assurer l'exécution du traité par lequel la Compagnie du chemin de fer Paris-Lyon-Méditerranée avait accordé à un autre voiturier le monopole du stationnement dans la cour de la gare. Sur le recours formé par le sieur Lesbats, le Conseil d'Etat annula l'arrêté préfectoral. Mais l'affaire n'en resta pas là. Le Préfet accorda bien au requérant l'autorisation qu'il sollicitait, mais il y mit comme condition qu'il desservirait, tant à l'arrivée qu'au départ, tous les trains de voyageurs s'arrêtant à la station. Ce second arrêté fut également annulé par le Conseil d'Etat, considérant que ses dispositions « ne sont fondées ni sur les besoins de la surveillance de ladite gare, ni sur

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 482. AUCOC : *Conférences sur l'Administration*, t. I, p. 555.

la nécessité des mesures à prendre pour y maintenir l'ordre et prévenir les dangers des encombrements, mais qu'elles ont pour objet d'intervenir dans les conditions de la concurrence entre les diverses entreprises qui font le service des correspondances de la station à la ville et réciproquement. » (1)

Dans le même sens se sont prononcés les arrêts Carbillers, Grillon et Leneveu du 30 mars 1867 (2). Des maires avaient, par des règlements de police, prescrit aux agriculteurs de disposer leurs ruchers à une distance minima des habitations et des voies publiques. Le Conseil d'Etat a reçu les recours formés par les sieurs Carbillers et Grillon contre ces arrêtés, tout en les rejetant au fond, les maires ayant agi dans la limite des pouvoirs qui leur étaient conférés par les lois sur la police rurale. Dans l'espèce Leneveu, des mesures du même genre ayant été prises par le Préfet, non seulement le recours de l'intéressé fut déclaré recevable, mais encore l'arrêté du Préfet fut annulé pour incompétence, « le Préfet du Calvados ayant pris des mesures de police rurale que les maires seuls avaient le droit de prendre en vertu des dispositions des lois des 28 septembre-6 octobre 1791 et du 18 juillet 1837. »

A la même époque, il est vrai, on trouve des arrêts rendus en sens contraire des précédents. Nous relèverons

(1) *Recueil*, 1864, p. 209 et 1865, p. 624.

(2) *Idem*, 1867, p. 315.

seulement les arrêts Couder du 20 février 1868 et Boulangers de Montluçon du 4 février 1869.

Un certain nombre de bouchers de Paris, après avoir obtenu du Préfet de police l'autorisation de se réunir, avaient, au cours de leur réunion, voté l'établissement d'un syndicat de la boucherie et nommé les membres d'un Syndicat provisoire. Les Syndicats professionnels étant, à cette époque, légalement interdits, le Préfet de police, par un arrêté que le ministre du commerce confirma, fit défense aux membres de ce syndicat de se réunir en quelque lieu que ce fût en leur prétendue qualité de syndics du commerce de la boucherie, de procéder à ce titre à aucun acte ou délibération, et de publier aucun règlement sur leurs prétendus intérêts communs. Le recours formé par les intéressés contre cet arrêté fut déclaré non recevable par le Conseil d'Etat. « Considérant qu'en prenant les arrêtés attaqués, le Préfet de police et notre ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics ont déclaré agir dans l'exercice des pouvoirs qui leur ont été conférés par la loi des 14-17 juin 1791 ; et que ces actes ne sont pas susceptibles de nous être déféré en notre Conseil d'Etat par application des dispositions de la loi des 7-14 octobre 1790. »

Les conclusions de M. Aucoc, qui remplissait dans cette affaire les fonctions de commissaire du gouvernement, seraient tout entières à citer. Jugées à distance, elles montrent la fragilité des barrières que le Conseil d'Etat a successivement opposées à l'extension du domaine du

recours pour excès de pouvoir. Il ne s'appuie pas sur des principes, mais se laisse guider uniquement par des considérations de circonstances. Après avoir montré qu'il convenait de ne pas laisser se développer d'une manière exagérée le champ d'action du Conseil d'Etat, M. Aucoc posait ainsi la question : (1)

« Que soutiennent devant vous, Messieurs, les bouchers de Paris ? quelle est la base de leur pourvoi ? Ils prétendent que la mesure prise par le Préfet de police et maintenue par le ministre est contraire aux lois qui régissent le droit de réunion, le droit d'association et les coalitions. C'est toute la législation de cette matière principale qui vient d'être discutée devant vous.

« Or, nous nous demandons, le débat ainsi posé, s'il vous appartient de statuer sur le recours des sieurs Couder et autres. Avez-vous jamais jusqu'ici entendu discuter à votre barre les règles du droit de réunion et d'Association dans ses rapports avec la liberté d'industrie ? N'est-ce pas à l'autorité judiciaire qu'il a toujours appartenu de statuer sur ces questions ?.....

« Vous ne dites plus d'une manière absolue : toutes les fois que l'acte attaqué peut donner lieu à des poursuites devant l'autorité judiciaire en cas de contravention, nous devons nous abstenir de l'apprécier. Mais vous dites : toutes les fois que le contentieux de la matière est, par sa nature ou par une disposition expresse de la loi, dans le

(1) Aff. Couder 20 février 1868. *Recueil* 1868, p. 193.

domaine propre de l'autorité judiciaire, il faut réserver à l'autorité judiciaire sa compétence exclusive, et ne pas empiéter sur ses attributions sous prétexte de recours pour excès de pouvoir....

« Or, Messieurs, si nous revenons à l'affaire des bouchers de Paris, nous voyons que le débat qui vous est soumis appartient tout entier à l'autorité judiciaire. Ce qu'on a discuté devant vous, c'est la législation sur le droit de réunion, sur le droit d'Association, sur les coalitions. A l'autorité judiciaire seule, il appartient, d'après toutes les lois qu'on a invoquées tout à l'heure, de reconnaître les droits des citoyens et le pouvoir de l'Administration en pareille matière. »

Il est évidemment impossible de tirer une doctrine de ces considérations qui n'invoquent que des usages sans fondement légal.

Les conclusions du commissaire du gouvernement, M. de Belbœuf, dans l'affaire des boulangers de Montluçon sont peut-être plus précises (1). Un certain nombre de boulangers de Montluçon avaient déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, un arrêté du maire de cette ville qui réglementait les conditions de fabrication et de vente des pains de diverse nature. Le Conseil d'Etat refusa d'examiner la requête considérant « que si, lors de l'application dudit arrêté, les requérants ne croient pas devoir obtempérer aux conditions qu'il édicte, c'est à

(1) *Recueil* 1869, p. 94.

l'autorité judiciaire qu'il appartient d'en connaître, à l'occasion des contraventions commises aux prescriptions dudit arrêté, en tant que les requérants soutiendraient que ces dispositions sont entachées d'illégalité, et à l'autorité administrative dans l'ordre hiérarchique, en tant qu'ils attaqueraient ces dispositions comme contraire aux règles d'une bonne administration ». La solution est très nette : ou l'arrêté est entaché d'illégalité, et il appartient dans ce cas aux tribunaux répressifs de l'ordre judiciaire d'en refuser l'application ; ou il ne peut être argué que d'inopportunité, et l'examen de cette question ne rentre plus dans les attributions d'aucun tribunal et dépend uniquement de l'administration active. Dans aucun cas le Conseil d'Etat ne peut être compétent.

Le commissaire du gouvernement dont les conclusions ont été adoptées par le Conseil, les avait appuyées sur les arguments suivants :

« La plupart des auteurs, en particulier MM. Cabantous et Serrigny, enseignent que le recours au souverain pour excès de pouvoir est une ressource suprême qu'il faut réserver pour les cas où il n'existe pas d'autre voie de recours. Aussi, malgré la généralité du principe posé par la loi de 1790, ils déniaient le recours pour excès de pouvoir toutes les fois que l'action contentieuse peut être portée soit devant la juridiction administrative, soit devant l'autorité judiciaire.

« Ajoutons que l'ancienne jurisprudence du Conseil

excluait absolument la possibilité, en pareille circonstance, de deux recours parallèles.

« Nous n'irons pas jusque-là ; il y a des cas rares, il est vrai, dans lesquels les traditions de l'esprit français, l'utilité générale, l'intérêt sainement entendu du gouvernement, nous paraissent devoir autoriser le recours pour excès de pouvoir concurremment avec la compétence de l'autorité judiciaire.

« Et, pour préciser nettement notre pensée, nous disons, comme nous l'indiquions au commencement de ces observations, que si, en thèse générale, en matière d'arrêtés réglementaires de police, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable, lorsqu'il existe d'ailleurs un droit de recours devant l'autorité supérieure et un contentieux devant l'autorité judiciaire, nous réserverions le recours pour excès de pouvoir au cas, par exemple où l'administration aurait mis au service d'un intérêt même général le pouvoir de police dont elle est investie, où elle aurait entendu assurer un service public au moyen d'un monopole ; en effet, en pareille circonstance, l'agent de l'administration use de son pouvoir dans un but différent de celui pour lequel le législateur le lui avait confié. »

C'est très certainement le détournement de pouvoir que visait par ces expressions M. de Belbeuf. Lui-même, d'ailleurs, quelques lignes plus loin, précisait ainsi sa pensée :

« Par exception à la règle, lorsque le représentant de l'administration aura détourné son pouvoir du but que le législateur s'est proposé en le lui confiant, nous tenons que

la loi des 7-14 octobre 1790 peut recevoir son application ».

Ainsi, dans l'esprit du commissaire du Gouvernement, le recours pour excès de pouvoir devait être admis plus facilement par le Conseil d'Etat lorsque le grief invoqué était le détournement de pouvoir. Quelle était la raison de la situation spéciale faite à ce chef d'annulation ? Peut-être était-ce la tendresse en quelque sorte inconsciente que devait éprouver le Conseil en faveur de cette création toute récente et hardie de sa jurisprudence. Plus scientifiquement il était possible de considérer que, dans le cas spécial de détournement de pouvoir, le contrôle du Conseil d'Etat ne faisait pas double emploi avec celui des tribunaux judiciaires ; ceux-ci, en effet, ne se sont reconnu que très tard, et avec beaucoup de timidité, le pouvoir de scruter, derrière l'acte en apparence régulier, les intentions de son auteur.

Si cette dernière explication était la vraie, l'admission par le Conseil d'Etat du recours pour détournement de pouvoir ne devrait pas être considérée comme une exception à la règle du recours parallèle, telle qu'elle était alors interprétée. Elle paraît avoir été admise par M. Aucoc qui dit dans ses « Conférences » : « Du reste les contradictions que l'on a signalées dans les décisions relatives aux recours contre les règlements de police s'expliquent sans doute par cette circonstance que le Conseil d'Etat n'a pas hésité à faire tomber des actes qui lui paraissaient entachés d'un excès de pouvoir flagrant, surtout quand on ne pouvait

pas les rattacher à l'exercice des pouvoirs attribués par le législateur à l'autorité dont il émanait » (1). Mais les décisions que nous avons relatées plus haut, notamment dans les arrêtés Carbillers, Grillon et Leneveu, montrent que le Conseil d'Etat a également accepté de recevoir des recours dans des cas où les motifs invoqués étaient l'incompétence ou la violation de la loi.

La vérité est donc que, dans la période qui va de 1852 à 1872, le Conseil d'Etat hésitait, cherchait sa voie. Mais la logique devait l'emporter. Dans un article paru en 1870 dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, M. Rozy, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Toulouse, attaquait vivement la solution donnée par le Conseil d'Etat dans l'affaire des boulangers de Montluçon (2). Poussé par ces critiques, le Conseil d'Etat adopta, dès 1872, une règle uniforme : il consentit à admettre dans tous les cas le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs dont l'illégalité ne pouvait être invoquée devant les tribunaux répressifs qu'au moyen d'une simple exception présentée comme moyen de défense à une poursuite en contravention.

La doctrine s'est affirmée par deux arrêts de principe rendus les 29 novembre et 20 décembre 1872 (3). Dans l'arrêt du 29 novembre (dame veuve Baillergeau) le

(1) Aucoc : Conférences 3^e édit., t. I, p. 541.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1870, p. 97 et suiv.

(3) *Recueil* 1872, p. 671 et 732.

Conseil d'Etat a admis un recours formé contre un décret en Conseil d'Etat qui interdisait la pêche dans un fossé appartenant à un particulier et ne constituant pas un cours d'eau, ni une dépendance d'une rivière : cependant l'illégalité de ce décret aurait pu être invoquée devant le tribunal répressif, en défense à une poursuite en contravention. La seconde espèce (arrêt Billette 20 décembre 1872) était relative à un règlement de police municipal. Le maire de Versailles avait pris un arrêté prescrivant aux propriétaires riverains de la voie publique de faire arracher l'herbe dans les interstices des pavés et de remédier au déchaussement du pavé par un sablage, partout où besoin serait : le Conseil d'Etat a reçu le recours formé par un intéressé et annulé pour excès de pouvoir l'arrêté du maire de Versailles.

Depuis 1872, la jurisprudence n'a pas varié. Nombreux sont aujourd'hui les arrêts qui annulent, par exemple, des règlements de police. La fréquence avec laquelle les administrés s'adressent au Conseil d'Etat pour se protéger contre les excès de pouvoir des agents investis de la police prouve, par le fait, l'utilité qu'il y avait à rejeter la fin de non recevoir qui était opposée avant 1872.

§ 3. — LE RECOURS DOIT-ÊTRE PARALLÈLE

La troisième condition que doit, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, présenter le recours qui puisse mettre

obstacle au recours pour excès de pouvoir est d'être parallèle. « Parallèle, c'est-à-dire s'il conduit la partie au but auquel elle a le droit de tendre en vue de son intérêt personnel » explique M. Laferrière (1). Et le savant auteur développe ainsi sa pensée :

« Ces conditions ne seraient pas remplies si la partie atteinte par un acte administratif ne disposait que d'une action en indemnité fondée sur le dommage que l'acte lui aurait causé : une telle action ne lui permettrait pas de détourner les effets de l'acte, mais seulement de les réparer après les avoir subis ».

Voyons les principales applications qui ont été faites de cette règle.

Dans le cas où, en vue de l'exécution d'un travail public, l'Administration doit poursuivre l'expropriation d'un immeuble, il est nécessaire qu'elle procède à certaines formalités, dont la première est la déclaration d'utilité publique de l'ouvrage projeté. Cette déclaration peut émaner soit du législateur, soit d'une autorité administrative, qui est le plus souvent le Chef de l'Etat. Evidemment, lorsqu'elle est inscrite dans une loi, aucun recours juridictionnel de quelque nature qu'il soit, n'est ouvert aux intéressés en vue de la constatation de son illégalité : bien que l'acte ne soit, au fond, qu'un acte administratif, il revêt la forme législative, et cela suffit pour le soustraire au contrôle des tribunaux. Mais lorsque la déclaration d'utilité publique est

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 481.

l'œuvre du Chef de l'Etat ou d'une autre autorité administrative, les particuliers lésés peuvent-ils la déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir ? La fin de non recevoir que l'on pourrait leur objecter ne pourrait être fondée que sur l'existence d'une action en indemnité, de la compétence judiciaire, qui leur permettrait, une fois l'expropriation réalisée, d'être dédommagés du préjudice que leur cause la dépossession dont ils sont l'objet. Mais, précisément, cette action en indemnité ne détournerait pas les effets de l'acte, elle permettrait seulement de les réparer après qu'ils ont été subis. Elle ne constitue donc pas un recours parallèle. Elle ne procure pas aux intéressés la même satisfaction que le recours pour excès de pouvoir. Si l'acte déclaratif d'utilité publique, déféré au Conseil d'Etat, peut être annulé avant que l'expropriation ait été prononcée par le tribunal civil, et même avant que le jugement soit passé en force de chose jugée définitive, l'expropriation devient impossible, et les propriétaires conservent leurs immeubles, au lieu de ne recevoir en échange qu'un simple droit de créance sur un patrimoine administratif.

La solution, en cette matière, est ancienne et certaine. On la trouve déjà dans un arrêt du 27 mars 1856 (de Pomereu) (1) : un propriétaire parisien avait formé un recours contre le décret déclarant d'utilité publique l'ouverture du boulevard Malesherbes, pour le motif que cet acte

(1) *Recueil* 1856, p. 224.

était entaché de vice de forme, ayant été pris seulement avec l'avis de la section de l'intérieur, et non avec l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Le ministre concluait au rejet du pourvoi « comme non susceptible d'un recours par la voie contentieuse ». Le Conseil d'Etat repoussa cette fin de non recevoir « considérant que le sieur et la dame de Pommereu attaquent notre décret du 14 mars 1854 pour excès de pouvoir ; que, dès lors, aux termes de la loi des 7-14 octobre 1790, leur pourvoi est recevable ». La même solution a été inscrite depuis dans de nombreux arrêts.

Une application analogue de la théorie du recours parallèle se rencontre encore dans la même matière de l'expropriation. Il s'agit, cette fois, du second acte de cette procédure complexe, l'arrêté de cessibilité. Une fois que la déclaration d'utilité publique de l'ouvrage à exécuter a été prononcée par l'autorité compétente, il faut que le préfet désigne nominativement les parcelles dont l'expropriation est jugée nécessaire. Cette désignation est faite dans l'arrêté de cessibilité, qui intervient à la suite d'une enquête dont les formes sont déterminées par le titre II de la loi du 3 mai 1841. Le recours pour excès de pouvoir est-il ouvert contre cet arrêté ? Une distinction doit être faite, touchant précisément à l'existence ou à la non-existence d'un recours parallèle. Le tribunal judiciaire, à qui il appartient de prononcer l'expropriation, a compétence pour examiner si certaines conditions de forme ont été observées dans la procédure antérieure au jugement, cer-

taines et non pas toutes. Ainsi, le tribunal ne peut pas apprécier la régularité, ni même l'existence de l'enquête qui précède la déclaration d'utilité publique. Il doit, au contraire, vérifier si les formalités prescrites par le titre II de la loi du 3 mai 1841, c'est-à-dire l'enquête qui précède l'arrêté de cessibilité, ont bien été remplies (art. 14, loi du 3 mai 1841). Ce contrôle du tribunal civil ferme celui du Conseil d'Etat. Il entre bien, en effet, dans les conditions posées par la jurisprudence en ce qui concerne le recours parallèle. Le contrôle est juridictionnel, étant exercé par le tribunal civil ; il est parallèle puisqu'il a pour effet de détourner les effets de l'acte en rendant l'expropriation impossible ; enfin, il y a recours direct, puisque, dans le cas où le tribunal civil passerait outre à une irrégularité constatée, l'intéressé pourrait déférer le jugement à la Cour de Cassation. Est-ce à dire que le contrôle du Conseil d'Etat n'aura jamais à s'exercer vis-à-vis de l'arrêté de cessibilité ? Point du tout. Le tribunal civil ne peut apprécier que les conditions de forme. Si le grief invoqué contre l'arrêté est la violation de la loi ou le détournement de pouvoir, son rôle cesse, et celui du Conseil d'Etat repa-
rait.

A ce sujet, un arrêt du Conseil d'Etat du 19 avril 1859 est significatif (1). Le Préfet de la Loire avait, dans un arrêté de cessibilité, désigné une propriété appartenant au sieur Marsais comme devant être cédée pour l'établissement

(1) *Recueil* 1859, p. 302.

du chemin de fer Grand-Central dans la commune de Firminy, et il stipulait que l'expropriation ne s'appliquerait qu'à la surface et ne s'étendrait pas au droit à la redevance sur les produits de la mine concédée sous la dite surface. Le sieur Marsais prétendait que cette dernière disposition était entachée de violation de la loi : en effet, aux termes de la loi du 21 avril 1810, la surface et le droit à la redevance ne pouvaient être divisés sans le consentement du propriétaire, se fondant sur ce motif l'intéressé avait déféré à la Cour de Cassation le jugement par lequel le tribunal civil de Saint-Etienne avait prononcé l'expropriation dans les limites et avec les restrictions prescrites par l'arrêté de cessibilité ; mais le pourvoi avait été rejeté pour la raison qu'il ne pouvait appartenir au tribunal de modifier les limites prescrites à l'expropriation par un arrêté pris par l'autorité administrative dans le cercle de ses attributions. Le Conseil d'Etat, de son côté, accepta le recours pour excès de pouvoir présenté par le sieur Marsais et annula l'arrêté de cessibilité du Préfet.

Le Conseil d'Etat a encore eu l'occasion d'affirmer le caractère non parallèle d'un recours dans la matière de la délimitation des rivages de la mer et des rivières navigables. Le domaine public maritime et fluvial est un domaine naturel, en ce sens qu'il existe par le fait de la nature et qu'il n'est pas une création artificielle de l'homme ; ses limites sont donc ce que les a faites la nature. Sans doute, appartient-il à l'autorité administrative de les déterminer ; mais elle ne peut le faire qu'en consta-

tant l'état de choses naturel. Elle est donc tenue non seulement à observer des règles de compétence ou de forme, comme pour la fixation, par la procédure de l'alignement général, des voies publiques terrestres, mais encore à se conformer à des conditions de fond. Les arrêtés ou décrets de délimitation peuvent, par voie de conséquence, être entachés non seulement d'incompétence ou de vice de forme, mais encore de violation de la loi. Le recours pour excès de pouvoir est-il ouvert contre ces actes à raison de ces divers griefs ?

Pendant longtemps, jusque vers 1860, le Conseil d'Etat a déclaré non recevables les recours formés contre les actes de délimitation lorsqu'ils relevaient d'autres griefs que l'incompétence ou le vice de forme, lorsqu'ils étaient fondés sur l'inobservation des limites naturelles, c'est-à-dire sur la violation de la loi. Le Conseil d'Etat décidait que la délimitation constituait un acte de pure administration, non susceptible de lui être déféré par la voie contentieuse (1).

C'était admettre qu'une expropriation indirecte pouvait résulter d'un décret ou d'un arrêté de délimitation du domaine public maritime ou fluvial. Les particuliers se trouvaient, sans recours possible, dépossédés de leurs propriétés, non comprises réellement dans les limites du domaine public naturel. Il était dès lors logique et équi-

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 545. Aff. Ville de Nogent-sur-seine, 20 avril 1854. *Recueil*, p. 328.

table que les tribunaux judiciaires leurs ouvrissent une action en indemnité, et ils n'y manquèrent pas. (1).

Il est aisé de voir ce que cette solution avait d'abusif. L'Administration bénéficiait en fait d'un pouvoir d'expropriation qu'aucune loi ne lui avait donné sans recourir à la procédure protectrice instituée par la loi du 3 mai 1841, elle dépossédait les particuliers de leurs terrains pour agrandir sans droit le domaine public. Comme le rappelle M. Laferrière (2), elle arrivait à attribuer aux cours d'eau navigables un lit que plusieurs arrêts ont appelé le « lit administratif » par opposition au lit naturel.

Aussi, le Conseil d'Etat revenant à une plus exacte appréciation des faits, ouvrit-il aux intéressés, à partir de 1860, le recours fondé sur la violation de la loi (3). Il estima, avec raison, que l'action en indemnité devant les tribunaux judiciaires ne constituait pas un recours parallèle, puisqu'il ne permettait pas de détourner les effets de l'acte, mais seulement de les réparer une fois qu'ils avaient été subis.

Peut-être pourrait-on objecter que le Conseil d'Etat pouvait croire que le changement qu'il opérait dans sa jurisprudence aurait pour conséquence un changement corrélatif dans la jurisprudence de la Cour de Cassation. S'il était vrai que l'action en indemnité n'avait été ouverte

(1) Cass. 23 mai 1849. Aff. Préfet du Rhône contre Combalot. — 20 mai 1862. Etat contre Parrachon et autres — 21 mai 1865. De Hédouville.

(2) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 546.

(3) Aff. Coquard. *Recueil*, p. 412.

par cette dernière qu'à raison de la possibilité d'une expropriation indirecte résultant de la jurisprudence trop restrictive du Conseil d'Etat, cette action ne devait-elle pas tomber du jour où le Conseil accordait aux intéressés le moyen de se protéger contre une expropriation indirecte ? Des auteurs le croient (1). Le Conseil d'Etat lui-même adopta cette solution en sa qualité de juge des conflits. Elle fut consacrée dans les termes les plus formels par deux décrets sur conflit en date du 7 mai 1871 (Jabouin) et du 13 mars 1872 (Patron). Cette dernière décision porte notamment :

« Le droit qui appartient à l'Administration de délimiter les cours d'eau navigables ne donne aux Préfets d'autre pouvoir que celui de reconnaître et déclarer la ligne séparative du domaine public et de la propriété privée ; il s'ensuit que les limites fixées par l'Administration doivent se confondre avec les limites naturelles du cours d'eau, et qu'aucune parcelle de terrain située en dehors desdites limites naturelles ne saurait, même sous la réserve d'une indemnité, être comprise par voie de délimitation administrative dans le lit du cours d'eau, sans qu'il en résultât un excès de pouvoir ouvrant aux intéressés le recours autorisé par la loi ; ainsi, les dispositions qui consacrent et qui circonscrivent tout à la fois le droit de l'Administration, excluent, pour les tribunaux civils, tout pouvoir de reviser la délimitation administrative, aussi bien au point

(1) DUCROCQ, *op. cit.*, 7^e édit., t. IV, p. 339 et suiv. — BERTHÉ-
MEY, *op. cit.*, p. 484.

de vue d'une indemnité à accorder aux riverains, qu'au point de vue de la possession des terrains et par suite la compétence que supposerait un tel pouvoir ».

La Cour de Cassation ne se tint cependant pas pour battue. Elle changea seulement de position. Elle abandonna, tout au moins explicitement, le point de vue de l'expropriation indirecte. Mais elle se réserva son rôle de gardienne de la propriété privée. S'il appartenait à l'autorité administrative de fixer les limites du domaine public, en revanche les tribunaux judiciaires étaient compétents pour déterminer celles des immeubles des particuliers. Sans doute, théoriquement, les deux limites devraient se confondre, elles peuvent cependant juridiquement être distinctes, en raison de l'indépendance respective des deux autorités. Telle est la théorie indiquée dans l'arrêt Ouizille du 6 novembre 1872.

« S'il appartient aux Préfets, lit-on dans cet arrêt, de fixer les limites d'un fleuve et de déterminer les terrains qui, compris entre les deux rives ainsi définies, sont des dépendances du domaine public, les tribunaux civils n'en sont pas moins compétents pour connaître des questions de propriété ou de possession annale que les propriétaires riverains peuvent soulever à l'occasion des terrains d'alluvion dont ils prétendent avoir acquis la propriété ou la possession, en vertu des articles 554 et 557 du Code civil. Toutefois, au lieu d'ordonner le délaissement immédiat des terrains dont ces propriétaires auraient été dépossédés, et de s'opposer ainsi à l'exécution de cet acte administratif,

les tribunaux civils doivent se borner à reconnaître et déclarer le droit de propriété réclamé par les propriétaires riverains, sauf à eux à invoquer ultérieurement le bénéfice de cette décision, soit à l'effet de demander à l'autorité administrative l'annulation de l'arrêté de délimitation, soit à l'effet de demander à l'autorité judiciaire une indemnité d'expropriation si cet arrêté est maintenu ».

Le tribunal des conflits, organisé par la loi du 24 mai 1872, se prononça par deux arrêts de 1873 (Paris-Labrosse 11 janvier. Guillié 1^{er} mars) en faveur de la double compétence administrative et judiciaire. Le Conseil d'Etat a compétence pour annuler l'acte de délimitation irrégulier, mais il appartient aux tribunaux judiciaires d'allouer une indemnité s'ils estiment que des propriétés privées ont été englobées illégalement dans le domaine public. Les deux arrêts dont la rédaction est identique sur les questions de principe, s'expriment ainsi :

« Les tiers dont les droits sont réservés peuvent se pourvoir soit devant l'autorité administrative pour faire rectifier la délimitation, soit devant le Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation pour cause d'excès de pouvoir des arrêtés de délimitation qui porteraient atteinte à leurs droits ; ils ne peuvent en aucun cas s'adresser aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour faire rectifier ou annuler les actes de délimitation du domaine public et se faire remettre en possession des terrains dont ils se prétendent propriétaires. Mais il appartient à l'autorité judiciaire, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indemnité formée

par un particulier qui soutient que sa propriété a été englobée dans le domaine public par une délimitation inexacte, de reconnaître le droit de propriété invoqué devant elle, de vérifier si le terrain litigieux a cessé, par le mouvement naturel des eaux, d'être susceptible de propriété privée, et de régler, s'il y a lieu, une indemnité de dépossession dans le cas où l'Administration maintiendrait une délimitation contraire à sa décision. »

Il ne nous appartient pas ici de prendre parti dans la lutte entre partisans et adversaires de la théorie consacrée par les deux arrêts précités du tribunal des conflits. Nous n'agiterons pas davantage la question très litigieuse de savoir si la loi de 1898 sur le régime des eaux a tranché la question dans un sens ou dans l'autre. Pour ce qui concerne spécialement cette étude, il importe seulement de remarquer que, même une fois le pouvoir d'accorder une indemnité pour dépossession formellement consacré au profit des tribunaux judiciaires, le Conseil d'Etat n'en a pas moins maintenu le recours en annulation contre les actes de délimitation argués d'inexactitude. Il manifestait ainsi que l'action en indemnité ouverte devant les tribunaux judiciaires ne constituait pas, à son sens, un recours parallèle et sa théorie a reçu l'approbation sans réserve du tribunal des conflits.

Il serait possible de trouver encore, dans la jurisprudence, d'autres cas dans lesquels une simple action en indemnité pour dommages causés par un acte administratif n'a pas été un obstacle au recours pour excès de

pouvoir. Citons seulement le cas de révocation illégale de fonctionnaires.

Les fonctionnaires peuvent être révoqués injustement et l'étude des mœurs administratives montrent que ce n'est pas là une hypothèse gratuite. Pendant très longtemps les tribunaux leur ont dénié le droit à une indemnité. Les rapports entre l'Administration et ses agents étaient considérés comme des actes de puissance publique et, aux réclamations des fonctionnaires victimes de l'arbitraire de leurs supérieurs, on opposait le dogme de l'irresponsabilité de l'Etat souverain. La règle est formellement affirmée par Laferrière (1). Elle est inscrite dans divers arrêts du Conseil d'Etat, notamment dans l'arrêt Cadot du 13 décembre 1889 (2) et dans l'arrêt Adda du 15 décembre 1899 (3) où il est nettement déclaré que « l'arrêté de révocation d'un fonctionnaire communal ne peut, même s'il est irrégulier, engager la responsabilité de la commune. Elle devait cependant céder devant l'extension progressivement admise par la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la responsabilité de l'Etat, même à raison d'actes de puissance publique. Les arrêts Toutain (8 juin 1899) (4) et Le Berre (29 mai 1903) (5) marquent les premiers pas faits dans la voie de la responsabilité de l'Administration

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 186.

(2) *Recueil* 1889, p. 1148.

(3) *Recueil* 1899, p. 734.

(4) *Recueil* 1899, p. 420.

(5) *Idem*, 1903, p. 414.

envers des fonctionnaires injustement révoqués. L'arrêt Villenave (11 décembre 1903) (1) applique la même solution qui est définitivement consacrée par l'arrêt Lacourte du 15 février 1907 (2) (Cf. sur cette évolution Teissier, Responsabilité, article dans Béquet n^{os} 188 à 206.)

Il est donc admis aujourd'hui qu'un fonctionnaire qui souffre d'un préjudice par le fait d'une révocation injustifiée peut obtenir une indemnité. Mais il est à remarquer que certains fonctionnaires bénéficient d'un statut qui ne permet leur révocation que dans des conditions de compétence ou de forme déterminées par une loi ou un règlement. Et même on peut dire actuellement qu'à ce point de vue, tous les fonctionnaires ont au moins un embryon de statut inscrit dans l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 qui dispose :

« Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté. »

En conséquence, pour se placer dans l'hypothèse la plus générale, si l'on suppose un fonctionnaire non protégé par un statut particulier, et révoqué injustement, ce fonc-

(1) *Idem*, 1903, p. 767.

(2) *Idem*, 1807, p. 156.

tionnaire voit s'ouvrir devant lui, si l'on n'a pas observé à son égard la formalité imposée par la disposition précitée de la loi de finances de 1905, deux voies de recours : 1° le recours pour excès de pouvoir qui lui permet d'obtenir du Conseil d'Etat l'annulation de la mesure irrégulière dont il est l'objet. — 2° l'action en indemnité, qui lui permet d'obtenir du même tribunal la réparation du préjudice injustifié qui lui est causé. Le Conseil d'Etat n'a jamais considéré que cette seconde voie de recours dût fermer la première ; et, en effet, elle ne lui est pas parallèle, puisqu'elle n'aboutit pas à « détourner les effets de l'acte, mais seulement à les réparer, une fois qu'ils ont été subis. »

Dans les différents exemples que nous avons cités, le Conseil d'Etat a, avec juste raison, écarté certains recours comme ne constituant pas des recours parallèles. Sa jurisprudence n'a malheureusement pas encore sur ce point toute la netteté désirable. Il arrive encore que des arrêts marquent une fâcheuse régression. Nous citerons comme exemple l'arrêt *Demoiselle Chauvin, dite Sylviac*, du 23 mars 1906⁽¹⁾.

Mademoiselle Chauvin, dite Sylviac, abonnée au téléphone à Paris, et mécontente du fonctionnement du service, avait proféré dans son appareil, à l'adresse des employés du téléphone, des paroles jugées outrageantes par l'Administration. Poursuivie pour ce fait pour outrage devant le tribunal correctionnel, elle fut acquit-

(1) *Recueil* 1906, p. 251.

tée. Mais le directeur de l'exploitation électrique, agissant au nom du sous-secrétaire d'Etat au ministère du commerce, des postes et des télégraphes, suspendit la communication de Mademoiselle Chauvin avec le réseau de Paris. L'intéressée déféra cette décision du sous-secrétaire d'Etat au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir.

Son recours fut rejeté pour les raisons suivantes :

« Considérant que, pour demander l'annulation de la décision attaquée, la dame Chauvin, dite Sylviac, soutient que l'Administration des postes et télégraphes, en interrompant, *par mesure disciplinaire*, la communication téléphonique en vue de laquelle elle avait souscrit un abonnement, a excédé la limite de ses pouvoirs.

« Considérant que cette interruption a été prononcée par application de l'article 52 de l'*arrêté ministériel* du 8 mai 1901, aux termes duquel, « en cas d'inexécution des clauses du contrat, ou si des difficultés provenant du fait de l'abonné venaient à entraver la bonne marche du service, notamment si des paroles blessantes ou injurieuses pour l'Administration ou son personnel étaient prononcées à partir du poste de cet abonné, l'Administration pourrait d'office suspendre la communication téléphonique. »

« Considérant que les abonnés au téléphone sont soumis à l'application de la législation spéciale aux communications télégraphiques, telle qu'elle résulte notamment des dispositions de la loi du 29 novembre 1850, et, en outre, en vertu de chacun des contrats passés entre eux et l'Ad-

ministration, à l'observation des règlements en vigueur ;

« Considérant qu'il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de statuer sur les difficultés qui s'élèvent entre l'Etat et les abonnés au téléphone, *débiteurs*, à raison de l'usage qu'ils font de ce mode de communication, *de redevances assimilées à des contributions indirectes* ; que la compétence ainsi attribuée à l'autorité judiciaire lui donne le droit d'apprécier, au point de vue même de leur légalité, les mesures prises par l'Administration ; qu'il suit de là que le recours pour excès de pouvoir formé par la dame Chauvin devant le Conseil d'Etat n'est pas recevable... »

Voici donc le terrain sur lequel s'est placé le Conseil d'Etat : les abonnés au téléphone paient des redevances qui sont assimilées à des contributions indirectes. Si la dame Chauvin estime que la mesure prise contre elle est illégale, il lui appartient de s'adresser au tribunal judiciaire qui a compétence pour connaître des réclamations en matière de contributions indirectes. Mais que pourra-t-elle obtenir ? Notez que le Conseil d'Etat la renvoie devant le juge du contentieux des contributions indirectes. Le litige qu'elle pourrait soulever porterait donc uniquement sur l'existence ou le quantum de sa dette vis-à-vis de l'Etat, et le maximum qu'elle pourrait obtenir serait la restitution de la portion de cette redevance correspondant au service non effectué.

Le Conseil d'Etat aurait pu, peut-être, envisager la question d'un autre point de vue. Il aurait pu dire : un

contrat est intervenu entre la dame Chauvin et l'Administration des téléphones. Toutes les obligations imposées aux abonnés n'ont en réalité que la force de clauses contractuelles. Si ces obligations sont inscrites dans des règlements, qui sont l'œuvre unilatérale de l'autorité administrative, elles n'acquièrent cependant leur force exécutoire vis-à-vis des abonnés que du jour où ils s'y sont soumis dans leur contrat. L'idée a été esquissée dans l'un des considérants de l'arrêt : « Considérant que les abonnés au téléphone sont soumis..... en vertu de chacun des contrats passés entre eux et l'Administration à l'observation des règlements en vigueur : » Mais le Conseil d'Etat n'en a pas tiré de conséquence ; il a aussitôt bifurqué vers le point de vue du contentieux de la redevance. Au contraire, il aurait pu, de l'idée d'obligation contractuelle, déduire la compétence du juge du contrat, et rejeter le recours pour excès de pouvoir par une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte : ce recours ne peut être intenté que pour raison de la violation de dispositions unilatérales.

Pour interpréter l'arrêt dans la matière qui nous occupe, nous ne pouvons que nous placer au point de vue du Conseil d'Etat. Or, il faut reconnaître que le recours indiqué par ce tribunal comme constituant un recours parallèle n'était pas un recours qui permit « de détourner les effets de l'acte ». L'abonnée ne demandait pas à ne pas payer sa redevance. Elle ne contestait pas la légalité de la taxe. Elle contestait la légalité d'une mesure disciplinaire

qui n'avait aucun rapport avec la taxe. Elle voulait se faire rendre la communication avec le réseau téléphonique (1). Et ce que le Conseil d'Etat lui offre comme compensation est simplement la restitution de sa redevance.

§ 4. — CAS D'APPLICATION DE LA THÉORIE

Nous avons exposé les conditions que, d'après la théorie en quelque sorte classique du recours parallèle, doit présenter une action pour pouvoir mettre obstacle à l'exercice du recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Nous allons parcourir maintenant rapidement les principaux cas dans lesquels, par application de cette théorie, le haut tribunal administratif refuse aux administrés lésés par un acte administratif le recours pour excès de pouvoir contre cet acte.

Il en est ainsi, tout d'abord, en matière de contributions directes. Les contributions directes sont perçues au moyen de rôles rendus⁴ exécutoires par le Préfet. Le rôle met nominativement une dette d'impôt à la charge de chaque contribuable. Le contribuable qui estime que sa cote est trop élevée ou dénuée de toute base légale est admis à porter devant le Conseil de Préfecture une demande en dégrèvement qui porte le nom de demande

(1) S. 08.3.17 et la note de M. Hauriou .

en décharge ou en réduction, selon qu'elle tend à un dégrèvement total ou partiel. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII confie en effet au Conseil de Préfecture le soin de prononcer : « sur les demandes des particuliers tendant à obtenir la décharge ou la rédaction de leur cote de contributions directes. »

Or, le Conseil de Préfecture, saisi de la réclamation du contribuable, n'a pas seulement le pouvoir de vérifier les faits et les évaluations qui ont servi de base à une imposition contestée, il est aussi appelé à apprécier la légalité de toutes les décisions administratives successives qui ont abouti à l'établissement de l'impôt. Pour reprendre l'exemple, que nous avons déjà donné au début de cette étude, de centimes additionnels communaux, toute une série d'actes est nécessaire pour aboutir à l'imposition de ces centimes. Il y a d'abord une délibération du Conseil municipal ; puis, s'il y a lieu, un arrêté approbatif du Préfet, enfin, le rôle dressé par le même agent. Le Conseil de Préfecture peut, à l'occasion d'un recours formé contre une cote individuelle, apprécier la légalité de ces différents actes, parce que l'impôt en dépend. Sans doute, il ne prononcera pas l'annulation des actes dont il constate l'illégalité ; mais il accordera décharge au contribuable de la dette d'impôt à laquelle ils ont abouti (1).

Le Conseil d'Etat a toujours considéré que ce recours en décharge ou en réduction porté devant le Conseil de

(1) LAFERRIÈRE, *op cit.*, t. II, p. 265 et suiv.

Préfecture constituait un recours parallèle, mettant obstacle au recours pour excès de pouvoir contre les divers actes administratifs dont le Conseil de Préfecture peut apprécier la validité. En effet, ce recours répond bien aux conditions que nous avons dégagées. Il est juridictionnel, étant porté devant un tribunal administratif. Il est direct, puisque le contribuable en prend l'initiative. Enfin, il est parallèle, puisqu'il aboutit à détruire les effets de l'acte, en dispensant le requérant du paiement de la contribution à laquelle il a été illégalement imposé.

Les arrêts en cette matière sont anciens et nombreux. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas varié. Aussi croyons-nous inutile de citer ici des espèces (1).

Une solution semblable est donnée par le Conseil d'Etat pour ce qui concerne les contributions indirectes. Ici le recours parallèle n'est plus porté devant un tribunal administratif, mais devant des tribunaux de l'ordre judiciaire. Le tribunal saisi de la réclamation d'un contribuable a compétence pour examiner la légalité de tous les actes en vertu desquels l'impôt est perçu. Le Conseil d'Etat en a déduit, comme il l'a fait en matière de contributions directes, que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre ces actes.

Cependant, si sa jurisprudence est aujourd'hui nettement fixée en ce sens, elle a été autrefois assez vacillante. Le Conseil d'Etat a pu admettre un recours en se fondant

(1) Cf. LAFERRIÈRE, t. II, p. 489.

sur le caractère flagrant de l'excès de pouvoir commis. M. Laferrière cite un exemple de cette jurisprudence (1) : l'arrêt Rousset du 28 décembre 1854. Le Conseil d'Etat a annulé pour vice de forme un décret qui avait compris dans le périmètre d'un octroi de ville une commune de la banlieue dont le Conseil municipal n'avait pas été consulté. Dans une affaire postérieure, jugée le 15 mai 1869 (commune de Petite-Synthe) et dans laquelle la solution a d'ailleurs été différente, le commissaire du gouvernement exposait les raisons qui avaient pu guider le Conseil : « En thèse générale, disait-il, la raison d'être d'un pourvoi ne saurait servir de criterium à sa recevabilité. Cependant, à raison de la nature exceptionnelle de la matière, de sa délicatesse, de l'intérêt politique, du respect qui est dû aux droits des redevables et aux prérogatives de l'autorité judiciaire, nous n'oserions pas répondre de ne pas avoir recours, dans les questions de l'espèce, à un expédient que la droiture des intentions, l'honnêteté du but et son utilité pratique justifient, mais qui peut-être ne s'accorde pas parfaitement avec la rigueur des principes. » L'expédient consistait à recevoir le recours tout en reconnaissant la compétence simultanée des tribunaux judiciaires.

Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas persisté dans cette voie. Depuis 1872, il a sans exception repoussé les recours pour excès de pouvoir qui lui étaient adressés contre les

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 488.

actes administratifs tendant à la création d'impositions indirectes. Ici encore nous jugeons inutile de citer des arrêts.

Le contentieux des élections et des listes électorales fournit également des exemples de recours parallèles. (JÈZE : *Éléments de droit public et administratif*, p. 60 et suiv.) L'inscription des électeurs sur la liste électorale, prononcée par la Commission administrative de revision des listes électorales, est bien un acte unilatéral d'une autorité administrative qui, normalement, devrait donner lieu à un recours pour excès de pouvoir. Mais la loi a organisé un contrôle juridictionnel spécial, qui est exercé en premier ressort par une Commission municipale, en appel par le Juge de Paix, en cassation par la Cour de Cassation. Le juge a compétence pour examiner la régularité des opérations de revision de la liste électorale ; sa décision s'impose à tous. Ce contrôle juridictionnel judiciaire met obstacle à celui du Conseil d'Etat.

De même, l'élection est en réalité un acte de désignation d'un fonctionnaire (1). La désignation au lieu d'être l'œuvre d'un individu, comme dans la nomination, est faite par un collège électoral. Elle constitue dans un cas comme dans l'autre un acte unilatéral d'une autorité administrative. Le recours normal ouvert contre cet acte est donc le recours pour excès de pouvoir. Cependant la loi a organisé généralement des recours spéciaux qui sont

(1) JÈZE, *op. cit.*, p. 45.

portés devant le Conseil de Préfecture pour les élections municipales et le Conseil d'Etat pour les élections départementales. Ces recours qui permettent au juge de contrôler la régularité de toutes les opérations électorales, aboutissent à une décision qui a effet *erga omnes*.

Ils mettent obstacle au recours pour excès de pouvoir.

Lorsque la loi n'a pas organisé de recours spécial contre une élection, le droit commun reprend son empire. Le recours ouvert aux intéressés est le recours pour excès de pouvoir. Il en est ainsi par exemple dans le cas d'élection de conseillers généraux par le Conseil général pour siéger au Conseil départemental de l'enseignement primaire (1).

En matière de travaux publics, le Préfet peut par arrêté autoriser l'occupation des terrains des particuliers soit pour en extraire ou ramasser des matériaux, soit pour y fouiller ou y faire des dépôts de terre, soit pour tout autre objet relatif à l'exécution des travaux. Ce pouvoir est aujourd'hui inscrit dans l'article 3 de la loi du 29 décembre 1892. Contre l'arrêté du Préfet, un pourvoi est ouvert aux intéressés devant le Conseil de Préfecture. Ce pourvoi empêche-t-il l'exercice du recours pour excès de pouvoir ?

La jurisprudence a varié sur ce point. On trouve, avant 1876, des arrêts admettant le recours pour excès de pouvoir contre les arrêtés préfectoraux autorisant des occupations temporaires ou des extractions de matériaux (2).

(1) JÈZE, *op. cit.*, p. 61.

(2) Aff. Chemin de fer de Saint-Ouen, 20 février 1868. *Recueil*, p. 213. — Aff. Monnier 17 juillet 1874. *Recueil*, p. 696.

Mais comme l'observe Laferrière (1), ces arrêts ont été rendus à une époque où la jurisprudence n'était pas encore suffisamment fixée sur le droit qui appartient aux Conseils de Préfecture de reconnaître l'illégalité des arrêtés et de faire cesser l'occupation ; elle considérait leur juridiction comme limitée à la question d'indemnité. Depuis que le Conseil d'Etat a reconnu que la compétence du Conseil de Préfecture était plus large, il a décidé par voie de conséquence que le recours pour excès de pouvoir n'était pas recevable contre les arrêtés argués d'illégalité (2).

La même évolution de jurisprudence s'est produite en ce qui concerne les recours formés contre les arrêtés d'autorisation d'établissements insalubres. Les établissements de cette nature ne peuvent se fonder qu'en vertu d'une autorisation qui est donnée, suivant les cas, par le Préfet ou par le Sous-Préfet. Contre l'autorisation, ou contre le refus d'autorisation, des recours peuvent être formés soit par les industriels, soit par les voisins. Le recours des industriels est porté devant le Conseil d'Etat pour les établissements des deux premières classes et devant le Conseil de Préfecture pour ceux de la troisième classe. Le recours des voisins est porté dans tous les cas devant le Conseil de Préfecture. Le Conseil de Préfecture ne statue d'ailleurs qu'à charge d'appel devant le Conseil d'Etat. Ce

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 493.

(2) Aff. Baroux 15 décembre 1876. *Recueil*, p. 908. — Aff. Compagnie des Salins du Midi 13 décembre 1878. *Recueil*, p. 1038.

contentieux, créé par les textes réglementaires sur la matière, investit le tribunal des plus larges pouvoirs. Il ne lui permet pas seulement d'examiner la décision administrative au point de vue de la légalité ; le tribunal saisi peut également faire porter ses investigations sur des questions de fait, d'opportunité. La sentence peut ne pas seulement aboutir à l'annulation de la décision ; le juge peut accorder lui-même l'autorisation sollicitée, la soumettre à telle ou telle condition qu'il juge utile, ou biffer au contraire telle condition qui avait été imposée par l'autorité administrative. Il semble bien que dans ces circonstances, le recours spécial organisé par la loi constitue bien un recours parallèle faisant obstacle au recours pour excès de pouvoir.

Pendant assez longtemps, cependant, le Conseil d'Etat a fait une distinction entre les oppositions fondées seulement sur des raisons d'opportunité et de voisinage et les oppositions fondées sur l'illégalité de l'arrêté d'autorisation. Il admettait dans ce dernier cas le recours pour excès de pouvoir. On trouve un exemple de cette jurisprudence dans l'arrêt Larnac du 17 juillet 1862 (1).

« Considérant qu'en donnant cette autorisation sans avoir préalablement accompli les formalités prescrites par l'ordonnance du 22 mai 1843, le Préfet de police a excédé ses pouvoirs.

Art. 1^{er}. — Est annulé pour excès de pouvoir l'arrêté du 31 janvier 1861 par lequel le Préfet de police a permis au

(1) *Recueil* 1862, p. 575.

sieur Durenne de faire usage, pour un atelier de construction de machines, des appareils à vapeur qui avaient été autorisés pour l'exploitation d'une teinturerie. »

Mais, à partir de 1876, le Conseil d'Etat a considéré que, puisque le recours institué par les règlements permettait au tribunal saisi d'examiner aussi bien les questions de légalité que les questions d'opportunité, il pouvait porter sur les mêmes points que le recours pour excès de pouvoir, et qu'en conséquence il devait mettre obstacle à son exercice. Tel est le sens de l'arrêt dame veuve Regnault, rendu le 14 janvier 1876 sur les conclusions de M. Laferrière (1).

« Considérant qu'aux termes de l'article 7 du décret du 15 octobre 1810, les oppositions aux arrêtés des Préfets portant autorisation de créer un atelier insalubre de la 2^{me} classe doivent être portées devant le Conseil de Préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat ; que dès lors la dame veuve Regnault n'est pas recevable à se pourvoir directement pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'arrêté du 17 février 1874 par lequel le Préfet de la Nièvre a accordé au sieur Guidoux l'autorisation d'établir une tuerie à Tannay... »

Un recours parallèle devant le Conseil de Préfecture se rencontre également en matière d'assainissement des immeubles particuliers. La loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique a prévu le moyen pour

(1) *Recueil* 1876, p. 30.

l'autorité administrative de contraindre les propriétaires à l'exécution des travaux d'assainissement reconnus nécessaires dans leurs immeubles, en recourant au besoin à l'exécution d'office. Après une procédure assez compliquée, qui se déroule devant la Commission sanitaire de circonscription, et, s'il y a lieu, devant le Conseil départemental d'hygiène, le maire prend un arrêté ordonnant les travaux nécessaires ou portant interdiction d'habiter, et il met le propriétaire en demeure de s'y conformer dans le délai fixé. L'article 13 de la loi ouvre aux intéressés un recours contre l'arrêté du maire devant le Conseil de Préfecture, dans le délai d'un mois à partir de la notification de l'arrêté. Le Conseil de Préfecture a toute compétence pour apprécier tant la légalité de l'arrêté que l'opportunité des mesures prescrites ; le Conseil d'Etat en a conclu que le recours pour excès de pouvoir ne pouvait pas être formé (1).

(1) Aff. Dalbonne 6 août 1912. *Recueil*, p. 968.

CHAPITRE II

CONDITIONS TIRÉES DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU CONSEIL D'ÉTAT

§ 1^{er}. — LE RECOURS DOIT EXISTER ET ABOUTIR A UN RÉSULTAT CERTAIN

Selon la doctrine nettement dégagée par Laferrière, un recours ne peut mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir que s'il présente cette triple qualité : être juridictionnel, direct et parallèle. Le domaine de cette fin de non-recevoir se trouve déjà par cette règle assez étroitement circonscrit. Il nous faut nous demander cependant si, depuis Laferrière, la jurisprudence n'a pas évolué et si de nouvelles dispositions restrictives n'ont pas été ajoutées à celles qui ont été relevées par ce savant auteur.

Il n'est pas inutile de remarquer en premier lieu que, pour qu'un recours puisse fermer la voie de l'excès de pouvoir, il faut qu'il existe. Cette constatation, qui peut paraître puérile, est cependant nécessaire. L'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat en offre la preuve.

Les Conseils électifs des départements et des communes sont appelés à voter les dépenses de ces personnes mo-

rales administratives. Ces Assemblées ne se montrent pas toujours économes des deniers des contribuables, et très souvent elles ouvrent des crédits dans des conditions illégales. Il était naturel que les contribuables, qui paient les frais de ces largesses, prétendissent exercer un contrôle sur les dépenses de leurs Conseils. Ils s'adressèrent donc au Conseil d'Etat pour obtenir de lui l'annulation des délibérations établissant des dépenses illégales. Pendant longtemps le Conseil d'Etat refusa de recevoir leurs recours, en prétendant, d'une part, qu'ils n'avaient pas un intérêt suffisant, — ce qui ne rentre pas dans le cadre de cette étude de discuter, mais qui était cependant bien contestable, — et, d'autre part, qu'ils disposaient d'un recours parallèle. Quel était donc le recours parallèle ainsi ouvert aux contribuables ? C'était, disait le Conseil d'Etat, le recours en décharge ou en réduction devant le juge de l'impôt.

L'histoire des hésitations du Conseil d'Etat dans cette matière est d'ailleurs des plus curieuses. Elle commence avec un arrêt de 1890 (Veuve Lafosse) (1). Des contribuables de la commune d'Hendaye avaient demandé décharge des centimes additionnels auxquels ils avaient été imposés en vue de payer l'acquisition de certains terrains acquis par la commune ; déboutés par le Conseil de Préfecture, ils avaient été en appel devant le Conseil d'Etat. Ce dernier repoussa leur recours pour diverses raisons :

(1) *Recueil* 1890, p. 516.

1° la régularité de la délibération établissant l'imposition et du décret approbatif n'était pas contestée ; 2° l'utilité des dépenses communales ne peut pas être contestée par la voie contentieuse ; 3° aucune loi ne subordonnait dans l'espèce l'imposition extraordinaire instituée à l'insuffisance des ressources ordinaires. Mais il ajoutait, comme ultime considération « que, si la requérante se croyait en droit de contester la validité de l'acquisition desdits terrains à raison de certaines irrégularités qui se seraient produites à cette occasion, ce n'est pas par la voie d'une demande en décharge régulièrement établie qu'elle pouvait formuler cette prétention ». Implicitement il renvoyait donc la requérante au recours pour excès de pouvoir.

La leçon fut suivie en 1890 même par deux contribuables de la ville de Paris, Messieurs Bied-Charreton et Poisson. Le premier déféra au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir diverses délibérations par lesquelles le Conseil municipal de Paris accordait 821.000 fr. de subventions irrégulières à des écoles privées. Le second attaquait le décret réglant le budget de la Ville de Paris, en tant qu'il avait maintenu un crédit de 569.000 fr. affecté aux traitements des conseillers municipaux. Les deux recours furent rejetés par le Conseil d'Etat (10 février et 10 mars 1893) (1). Deux fins de non-recevoir étaient opposés aux requérants : d'une part, leur qualité de contribuables ne

(1) *Recueil* 1893, p. 117 et 240.

leur donnait pas l'intérêt suffisant pour leur ouvrir l'accès du prétoire ; d'autre part, ils disposaient d'un recours parallèle en décharge ou en réduction de leurs contributions. Sur ce dernier point les deux arrêts contiennent une formule analogue.

« Considérant que, pour demander l'annulation des délibérations dont il s'agit et du décret qui les a approuvées, le sieur Bied-Charreton se prévaut uniquement de sa qualité de contribuable de la Ville de Paris ; mais considérant que, s'il pourrait lui appartenir à ce titre de former telle réclamation que de droit au sujet de contributions auxquelles ils se trouverait assujetti comme conséquence des actes attaqués, il est sans qualité et par suite non recevable à en poursuivre l'annulation directement devant le Conseil d'Etat par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ».

Le Conseil d'Etat instituait ainsi un véritable chassé-croisé. Deux voies étant à son avis ouvertes aux contribuables, lorsqu'ils prenaient l'une, il les renvoyaient à l'autre. « Vous me demandez-là décharge de vos contributions, parce qu'elles ont servi à payer une dépense illégale ; mais prenez donc la route directe : déférez-moi, comme juge des excès de pouvoir, la délibération elle-même qui a engagé la dépense ! » Les contribuables dociles suivent son conseil. « Je ne puis recevoir le recours pour excès de pouvoir, leur répond le Conseil d'Etat, puisque vous avez à votre disposition un recours en décharge ou en réduction de vos contributions. »

Fort heureusement ces contradictions ne lassèrent pas les contribuables. En 1894, M. Merlin, avocat à la Cour d'Appel, introduisit une demande en décharge d'une partie de ses contributions à raison de deux catégories de dépenses illégales votées par le Conseil municipal de Paris, relatives au traitement des Conseillers municipaux et aux subventions aux écoles privées. Sa demande fut repoussée par un arrêté du Conseil de Préfecture de la Seine du 3 juillet 1895. Il en appela au Conseil d'Etat. Il soutenait : 1° principalement qu'il devait être déchargé d'une partie des centimes généraux visés dans sa cote, et qui correspondaient nécessairement dans une certaine mesure aux dépenses illégales indiquées ci-dessus; 2° Subsidiairement qu'il devait être tout au moins déchargé du demi centime additionnel spécial aux secours des familles des réservistes, voté par application de la loi du 21 décembre 1882. Cette loi n'autorise en effet les communes à s'imposer extraordinairement pour secourir les familles des réservistes qu'en cas d'insuffisance de toutes les ressources ordinaires et extraordinaires. Le demi centime en question ayant produit 360.000 fr. aurait été inutile, si le budget n'avait pas comporté pour plus de 2.500.000 francs de dépenses illégales.

Le Conseil d'Etat rendit le 29 juin 1900 l'arrêt suivant (1) : « Considérant que le sieur Merlin allègue que le budget général de la Ville de Paris pour l'année 1894

(1) *Recueil* 1900, p. 438.

comprend sous l'article 11 du chapitre IV et sous les articles 83, 84, 85, 89, 91 et 92 du chapitre IX des dépenses interdites par les lois, et soutient qu'il doit lui être accordé réduction de la partie de ses contributions mobilières et des patentes qui correspond à ces dépenses.

Considérant que les contribuables peuvent à bon droit invoquer à l'appui de leurs demandes en dégrèvement l'illégalité ou l'irrégularité substantielle des actes par lesquels les ressources communales sont votées, autorisées, réparties ou mises en recouvrement ; mais qu'il n'en saurait être ainsi des actes qui déterminent l'affectation de ces ressources ; qu'en effet les délibérations par lesquelles les Conseils municipaux, dans les formes fixées par la loi et sous le contrôle de l'Administration supérieure, votent les crédits et appliquent aux dépenses tout ou partie des recettes sont sans influence sur la formation des rôles, et dès lors ne peuvent servir de base à une demande en dégrèvement ; qu'ainsi le requérant qui, devant le Conseil de Préfecture, se bornait à alléguer que certains crédits ou paiements de dépenses illégales auraient été inscrits au budget de la Ville de Paris, mais qui ne contestait ni la régularité ni la légalité d'aucun des actes qui ont directement concouru à la formation de ses cotes mobilières et des patentes, n'est pas fondé à demander de ce chef l'annulation de l'arrêté attaqué.

Mais considérant que le sieur Merlin soutient subsidiairement qu'il doit, tout au moins, lui être accordé décharge du demi centime additionnel inscrit au budget des

recettes sous l'article 5 du chapitre I pour allocation de secours aux familles nécessiteuses des réservistes et soutiens de famille ; qu'en effet, aux termes de la loi du 21 décembre 1882, qui en a autorisé l'imposition, ce demi centime ne peut être voté qu'en cas d'insuffisance des ressources ordinaires et des centimes extraordinaires portés à leur maximum légal, et que cette insuffisance ne se serait pas produite si une partie des ressources n'avait pas été appliquée à des dépenses contraires à la loi.

Considérant que ces conclusions qui tendent à faire déclarer l'illégalité d'une recette sont de nature à être soumises au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ;

Considérant que le budget de la Ville de Paris comprend, sous l'article 11 du chapitre IV, un crédit pour remboursement des avances faites par les Conseillers municipaux dans l'exercice de leur mandat ; qu'il résulte des différents rapports présentés annuellement par la Cour des Comptes au Président de la République que ce crédit n'a pas été employé à rembourser les avances réelles sur pièces justificatives réelles, mais qu'il représente une indemnité fixe et mensuelle de 500 fr. pour chacun des 80 Conseillers municipaux de la Ville de Paris, alors qu'aux termes des lois des 21 mars 1831, 5 mai 1855 et 14 avril 1871, ces fonctions sont essentiellement gratuites.

Considérant que ce crédit est porté au budget pour une somme de 480.000 fr. que, d'une part, il ne doit pas être tenu compte, dans le calcul de l'insuffisance de crédit

qui a été créé en violation de la loi ; que, d'autre part, le produit du demi centime dont il est demandé décharge n'étant que de 310.000 fr. le sieur Merlin est fondé à soutenir qu'en l'état il n'y avait point insuffisance, et que par conséquent le demi centime dont il s'agit a été établi contrairement aux prescriptions de la loi du 21 décembre 1882.

Considérant que dans ces conditions et sans qu'il soit besoin de faire état de subventions illégalement attribuées à des établissements d'enseignement primaire privés, il y a lieu de faire droit sur ce point aux conclusions de la requête... »

Cet arrêt était à citer intégralement. Il met en effet en pleine lumière combien était difficile, tortueux, malaisément praticable le chemin imposé aux contribuables par le Conseil d'Etat dans les arrêts Bied-Charreton et Poisson (1).

La vérité est même, et le Conseil d'Etat l'a formellement reconnu, qu'en règle générale ce chemin est impraticable. Sans doute, le recours ouvert en matière de contributions directes comporte l'examen de la légalité des actes par lesquels « les ressources communales sont votées, autorisées, réparties, ou mises en recouvrement ». Mais permet-il également au tribunal d'examiner la légalité des dépenses auxquelles ces ressources sont employées ? Il y a deux faces à la question : la recette d'un côté, la dépense

(1) SIREY 1900.3.65 et la note de M. Hauriou.

de l'autre. A l'occasion d'un débat contentieux sur la recette peut-on invoquer des contradictions touchant à l'illégalité de la dépense ?

Incontestablement il existe un lien entre les dépenses et les recettes. Si les recettes sont employées à des dépenses illégales, c'est que le montant en est exagéré. Particulièrement, lorsqu'il est fait appel à l'impôt, les cotisations demandées aux contribuables se grossissent indûment du fait de l'existence de dépenses illégales. Tel était bien le raisonnement principal invoqué par le requérant. Le budget de la Ville de Paris, alimenté en partie par des centimes généraux, comportait deux chefs de dépenses illégales : les traitements alloués aux Conseillers municipaux et les subventions aux écoles libres. Si ces dépenses disparaissaient du budget, le montant des ressources demandées aux centimes généraux aurait pu être diminué d'autant, et en conséquence chaque contribuable aurait vu sa cote réduite en proportion. C'est cette réduction que réclamait le sieur Merlin.

Mais le problème n'est pas en réalité aussi simple. Il se complique du fait de la règle de l'unité de caisse. Le principe, en matière de comptabilité publique, est qu'il n'y a pas affectation de chaque catégorie de recettes à une catégorie de dépenses déterminées. Toutes les sommes encaissées pour le compte d'une personne morale administrative viennent se confondre dans une caisse commune, et c'est dans cette caisse que l'on puise pour régler

toutes les dépenses indistinctement. Comment déterminer dès lors, pour une dépense donnée, la part pour laquelle telle source de recettes y a contribué ? Sans doute, pourrait-on prendre le total des ressources demandées à l'impôt, établir une proportion entre ce total et la somme dépensée illégalement, et faire supporter à chaque source de recettes une réduction calculée suivant cette proportion. Mais on voit combien ce calcul serait compliqué, et à quel dégrèvement insignifiant il aboutirait pour chaque contribuable individuellement. Au surplus, il ne paraît pas que ce procédé serait justifié. Il est tout à fait improbable que, si la dépense illégale n'avait pas été votée, et si en conséquence le montant des recettes avait été diminué, la réduction eût porté également sur toutes les sources de revenus soumises à l'impôt. C'est probablement sur telle contribution déterminée que le Conseil municipal aurait fait uniquement porter la réduction ; mais sur laquelle ? C'est un point que le juge serait tout à fait incapable d'élucider.

D'autre part, il n'est pas du tout certain que la suppression du budget communal d'une dépense illégale entraînerait une réduction correspondante des recettes. Les budgets des communes ne sont pas établis et votés dans les mêmes conditions que celui de l'Etat. Le Parlement vote d'abord le budget des dépenses ; il établit ensuite le budget des recettes, et il doit en calculer le montant de manière à réaliser un équilibre entre les deux parties. Au contraire, le Conseil municipal vote en premier lieu

le budget des recettes ; ce n'est qu'ensuite, après avoir fixé le chiffre des revenus dont dispose la commune, qu'il vote les dépenses. On peut donc soutenir, tout au moins théoriquement, que ce n'est pas le montant des dépenses qui règle le montant des recettes. Celles-ci une fois votées restent immuables. Le Conseil municipal s'efforce de maintenir les dépenses dans la limite des revenus de la commune. Si elles sont inférieures aux revenus, il peut affecter le surplus des recettes à des placements pour le compte de la commune. Dans tous les cas, le contribuable n'est pas assuré qu'une diminution des dépenses se traduira pour lui par une réduction de ses impositions.

C'est pour ces raisons que le Conseil d'Etat a très justement constaté que « les délibérations par lesquelles les Conseils municipaux, dans les formes fixées par la loi et sous le contrôle de l'Administration supérieure, votent les crédits et appliquent aux dépenses tout ou partie des recettes sont sans influence sur la formation des rôles et dès lors ne peuvent servir de base à une demande en dégrèvement. »

Ainsi, la règle est bien que la question de la légalité d'une dépense ne peut pas être soumise au juge à l'occasion d'une demande en dégrèvement d'imposition. Dès lors ce dernier recours ne peut pas être considéré comme formant un recours parallèle, susceptible de mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir tendant à faire constater directement par le Conseil d'Etat l'illégalité de l'acte instituant la dépense.

Ce n'est que tout à fait exceptionnellement qu'il peut se produire, pour des raisons particulières, que l'existence des dépenses illégales dans un budget communal ait une influence sur la formation des rôles. Ces circonstances spéciales se sont précisément rencontrées dans l'espèce de l'arrêt Merlin. Elles n'en ont que mieux fait ressortir les difficultés de la matière.

Par dérogation à la règle de l'unité de caisse, il existe dans les budgets locaux des recettes qui sont spécialement affectées à des dépenses déterminées et qui ne peuvent en outre être perçues qu'en cas d'insuffisance des ressources ordinaires. Or, le Conseil municipal de Paris avait été obligé de faire appel à des ressources de cette nature : il avait établi un demi centime additionnel pour allocation de secours aux familles nécessiteuses des réservistes et soutiens de famille. Or, des centimes de cette nature ne pouvaient être établis qu'en cas d'insuffisance des ressources ordinaires ou extraordinaires, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 21 décembre 1882 : « En cas d'insuffisance de leurs ressources ordinaires et des centimes extraordinaires créés dans les limites du maximum fixé chaque année par les Conseils généraux, les communes sont autorisées à s'imposer annuellement et extraordinairement jusqu'à concurrence de trois centimes additionnels au principal des quatre contributions directes, dans le but d'accorder des secours aux familles nécessiteuses des soldats de la réserve et de l'armée territoriale retenus sous les drapeaux ». Dès lors le requérant faisait

le calcul très simple suivant : le demi centime produit une somme de 325.000 fr. C'est donc qu'il manquait une somme de 325.000 fr. pour l'équilibre du budget. Or, les traitements des Conseillers municipaux entraînent une dépense de 480.000 fr. Il est évident que, si cette dépense n'existait pas, l'argent qu'elle absorbe aurait pu être consacré à secourir les familles nécessiteuses des réservistes, et que, par conséquent, l'imposition du demi centime aurait été inutile. Ainsi cette recette devenait illégale par ce fait qu'elle était imposée par l'existence d'une dépense illégale. Pour des raisons tout à fait exceptionnelles, il y avait une corrélation étroite, indéniable, entre une recette déterminée et une dépense déterminée. Le Conseil d'Etat ne pouvait donc pas ne pas admettre la requête qui lui était présentée. « Considérant que ces conclusions qui tendent à faire déclarer l'illégalité d'une recette sont de nature à être soumises au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ».

Il était évident cependant que le haut tribunal administratif, éclairé par les faits, ne pouvait pas se fonder plus longtemps sur l'existence de ce recours exceptionnel, rétréci, détourné, pour fermer aux contribuables le recours pour excès de pouvoir. Le Commissaire du Gouvernement lui-même reconnut que la voie était bien indirecte et pria instamment le Conseil d'Etat d'ouvrir aux intéressés la voie directe et large, la route nationale du recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat ne devait pas tarder à suivre l'invita-

tion du Commissaire du Gouvernement. L'expérience pour lui avait été concluante. On peut même dire qu'il provoqua l'occasion. Voici dans quelles circonstances l'évolution se produisit.

Le Conseil municipal de la commune d'Olmeto (Corse) avait, par une délibération du 4 novembre 1897, voté un traitement de 2.000 fr. à un médecin pour « traiter, assister et soigner tous les administrés de la commune, indigents, pauvres ou riches indistinctement, et ce, sans percevoir ni émoluments, ni honoraires à un titre quelconque ». Cette délibération fut déférée au Préfet par soixante contribuables de la commune, parmi lesquels MM. Casanova et autres, et les deux médecins, MM. Canazzi et Ballisoni. Le Préfet l'approuva cependant. Un recours « en la forme du recours pour excès de pouvoir » fut porté devant le Conseil d'Etat qui rendit l'arrêt suivant : (1)

« Sur la fin de non recevoir tiré du défaut d'intérêt des requérants, autres que le sieur Canazzi, médecin à Olmeto : Considérant que la délibération attaquée a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune d'Olmeto ; que les requérants contribuables dans cette commune ont intérêt, en cette qualité, à faire déclarer cette délibération nulle de droit, et qu'ils sont ainsi parties intéressées dans le sens de l'article 65 de la loi du 5 avril 1884 ».

(1) *Recueil* 1901, p. 333.

Au fond : Considérant que la délibération attaquée n'a pas été prise en vue d'organiser l'assistance médicale gratuite des indigents conformément à la loi du 15 juillet 1893 ; que, si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto, où exerçaient deux médecins ; qu'il suit de là que le conseil municipal de ladite commune est sorti de ses attributions en allouant par la délibération attaquée un traitement annuel de 2.000 francs à un médecin communal chargé de soigner gratuitement tous les habitants pauvres ou riches indistinctement, et que c'est à tort que le Préfet a approuvé cette délibération... »

La solution était nette. Dorénavant le Conseil d'Etat devait recevoir les recours pour excès de pouvoir présentés par des contribuables et tendant à faire constater l'illégalité de délibérations des conseils municipaux établissant des dépenses illégales. Il renonçait à la fois aux deux fins de non-recevoir qu'il avait jusque-là opposées. Il écartait explicitement celle touchant au défaut d'intérêt, et implicitement celle touchant à l'existence d'un recours parallèle. Son arrêt avait toute la force d'une décision de principe. Il aurait pu biaiser : accepter le recours formé par le sieur Canazzi en sa qualité de médecin et ne pas statuer sur la recevabilité du recours présenté par les contribuables. Il préféra aller au-devant de l'objection

et proclamer ouvertement l'évolution qu'il entendait apporter dans sa jurisprudence.

Depuis lors, le Conseil d'Etat a confirmé sa solution dans des arrêts nombreux. Les contribuables n'ont pas manqué de mettre à profit le droit de regard qui leur était ouvert sur la gestion des finances locales. La tutelle financière des communes, exercée parfois mollement par les préfets, a pu être de la sorte heureusement complétée par le contrôle sévère du haut tribunal administratif. Ce ne sont pas seulement les contribuables communaux qui ont fait appel à l'autorité clairvoyante du Conseil d'Etat. Le mouvement s'est étendu aux contribuables du département. Par l'arrêt Richemond du 27 janvier 1911 (1), le Conseil d'Etat a reçu le pourvoi formé par un contribuable contre une délibération du conseil général du département de Seine-et-Oise accordant aux membres de ce conseil des cartes de circulation en chemin de fer depuis leur résidence jusqu'à Versailles et à Paris.

§ 2. — LE RECOURS DOIT PERMETTRE AU TRIBUNAL
D'APPRÉCIER LUI-MÊME LA QUESTION DE LÉGALITÉ

Pendant longtemps, la théorie dite de l'incorporation a fourni au Conseil d'Etat un moyen de repousser les recours pour excès de pouvoir formés contre les décisions administratives suivies de contrats. On estimait que tout

(1) *Recueil* 1911, p. 105.

le contentieux devait alors être reporté sur le contrat lui-même. Le contentieux de pleine juridiction auquel donnait lieu ce contrat devait aboutir à donner aux intéressés une satisfaction au moins égale à celle qu'il auraient pu obtenir par le recours pour excès de pouvoir.

De deux choses l'une, en effet : ou le contrat ressortissait à la compétence administrative ou il rentrait dans la compétence judiciaire. Un exemple du premier cas est l'opération de travaux publics : une délibération du conseil municipal a décidé, dans des conditions irrégulières, la passation d'un marché de gré à gré pour des travaux de cette nature. Inutile, disait-on, d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre cette délibération ; un recours contre le marché lui-même peut être porté devant le Conseil de Préfecture, qui est compétent pour apprécier la légalité de la décision du Conseil municipal, et qui, en prononçant l'annulation du marché rend inefficace la délibération. Si l'opération contractuelle est du ressort de l'autorité judiciaire, si, par exemple, il s'agit d'un bail de plus de 18 ans d'un immeuble communal que le Préfet a approuvé sans l'intervention du Conseil de Préfecture, il fallait encore, disait-on, reporter tout le débat sur le contrat lui-même. Le tribunal saisi d'une action en résolution fondée sur l'illégalité des décisions administratives n'aura pas sans doute compétence pour examiner lui-même la validité de ces décisions ; mais il y aura là une question préjudicielle qui devra être renvoyée au Conseil d'Etat par le recours en appréciation de

validité. L'affaire pourra être ensuite reprise par le tribunal civil qui tirera les conséquences de la décision du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'existence du contrat.

Cette jurisprudence s'est inscrite dans de nombreux arrêts. Elle est très nettement indiquée dans l'arrêt Audoly du 26 avril 1901. (1)

« Considérant que la requête du sieur Audoly tend à faire annuler pour excès de pouvoir une délibération du Conseil municipal de la commune de la Seyne, en date du 9 avril 1899, autorisant l'aliénation au profit de l'Etat des bâtiments et terrains dépendant de l'hospice civil, et l'arrêté du Préfet du Var du 15 du même mois qui a approuvé ladite délibération.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'aliénation dont s'agit a été effectuée par acte notarié du 29 avril 1899 ; que, si le requérant entend exercer l'action qu'il croit appartenir à la commune, pour contester la validité de ce contrat de droit civil, il doit, après s'être conformé aux prescriptions de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, porter cette action devant l'autorité judiciaire, sauf à celle-ci, dans le cas où elle reconnaîtrait que son jugement est subordonné à l'appréciation d'actes administratifs intervenus préalablement à la formation du contrat, à renvoyer devant qui de droit l'examen de ces actes ; mais que le requérant n'est pas recevable à demander au Conseil d'Etat l'annulation pour excès de pouvoir de la

(1) *Recueil* 1901, p. 391.

délibération sus-visée et de l'arrêté préfectoral qui l'a approuvée. »

On trouve la même solution dans l'arrêt Morand du 24 juillet 1903 (1). « Considérant que, par son arrêté en date du 12 octobre 1901, le Préfet du département de la Vendée a autorisé la commune de Pouzauges à aliéner le sol du chemin rural non reconnu dont s'agit ; que cette aliénation, qui a été réalisée par un acte de vente amiable passé le 24 novembre 1901 et enregistré le 25 novembre suivant, constitue un contrat de droit civil ; et que, si le requérant se croit fondé à en contester la validité, c'est devant l'autorité judiciaire qu'il doit porter son action, sauf renvoi devant l'autorité administrative de toutes les questions préjudicielles qui viendraient à être soulevées, et qui seraient de sa compétence ; mais que le sieur Morand n'est pas recevable à demander au Conseil d'Etat l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté préfectoral ci-dessus visé... »

M. Laferrière exposait ainsi qu'il suit la jurisprudence du Conseil d'Etat dans cette matière (2).

« En dehors de la fin de non recevoir de procédure résultant de l'expiration du délai, la partie peut encourir une forclusion d'une autre nature, qui n'est pas sans analogie avec la précédente, et qui résulte de ce que l'acte attaqué est devenu définitif et inattaquable avant l'expiration du délai de trois mois. Ce cas se présente lorsque

(1) *Recueil* 1903, p. 540.

(2) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 470.

l'acte administratif a été suivi de décisions ou de contrats qui ont créé des droits acquis, et avec lesquels il s'est combiné de telle sorte qu'on ne pourrait plus infirmer l'un sans porter atteinte aux autres. Le juge de l'excès de pouvoir, qui doit respecter ces droits, et à qui souvent le contentieux de ces contrats n'appartient pas, doit alors écarter le recours qui tend à les remettre en question. »

Bien que ces réflexions ne figurent pas dans la partie de l'ouvrage de M. Laferrière où il est traité de la théorie du recours parallèle, il apparaît bien clairement que c'est encore une application de cette théorie que voyait le savant auteur dans les espèces qui nous occupent.

La thèse du Conseil d'Etat a été d'ailleurs magistralement exposée par M. Romieu, alors commissaire du gouvernement, dans les conclusions qu'il a présentées dans un recours Martin du 4 Août 1905 sur lequel nous aurons à revenir : (1)

« Cette fin de non recevoir qui résulte implicitement d'un assez grand nombre de vos arrêts, et que l'on a cherché, sous une forme d'ailleurs assez mal définie, à ériger en doctrine, peut se formuler ainsi : les actes administratifs, délibérations de corps électifs ou actes de tutelle qui concourent à former un contrat, ne peuvent être attaqués et annulés pour excès de pouvoir, en tant qu'actes administratifs, qu'autant que le contrat n'est pas encore défini-

(1) *Recueil* 1905, p. 749 et suiv.

tif ; une fois au contraire que le contrat est devenu définitif par l'approbation de l'autorité supérieure et qu'il est en cours d'exécution, les actes administratifs se trouvent incorporés au contrat lui-même, en font partie intégrante, et ne peuvent plus en être détachés au point de vue des recours contentieux dont ils seraient individuellement susceptibles.

« Nous devons rechercher quelle est l'origine de la théorie que nous vous proposons de modifier, et à quelles préoccupations juridiques elle correspond. Lorsque des actes administratifs, délibérations, approbations, ont abouti à la conclusion d'un contrat, les irrégularités dont ces actes se trouveraient entachés seraient évidemment de nature à nuire à sa validité ; mais il importe avant tout de sauvegarder les droits qui ont pu naître de l'exécution du contrat et de les laisser en conséquence sous la protection du juge de ce contrat ; c'est ce juge qui seul pourra apprécier les obligations des contractants, dire si le lien contractuel doit subsister ou non, et dans quelles limites, en un mot statuer sur la validité du contrat, et, le cas échéant, en prononcer la nullité ; sa compétence à cet égard est absolue et limite celle du juge de l'excès de pouvoir, qui s'arrête nécessairement au seuil du contrat lui-même, sans pouvoir en connaître à aucun degré. La conception juridique qui a été imaginée pour obtenir ce double résultat du respect des compétences et des droits acquis est celle que nous avons indiquée : le jour où le contrat est réalisé, il y aurait incorporation à un contrat

de tous les actes administratifs qui l'ont préparé et formé; il ne pourrait donc plus y avoir de recours pour excès de pouvoir contre ces actes administratifs ; le contrat seul serait susceptible d'être attaqué par ceux qui ont qualité à cet effet devant le juge du contrat, et si la légalité des actes administratifs était contestée, c'est seulement par voie de question préjudicielle, soulevée par le juge du contrat, que le Conseil d'Etat pourrait être appelé à se prononcer sur cette légalité. D'où cette conclusion que, si un recours pour excès de pouvoir a été introduit, le juge de l'excès de pouvoir se trouve dessaisi par le fait de la réalisation du contrat, et que le recours devient *ipso facto* non recevable. »

En réalité, cette théorie aboutissait, dans bien des cas, à de véritables dénis de justice. Dans le cas où le recours était formé par l'un des contractants, il était exact de dire que l'intéressé avait à sa disposition une autre action devant le juge du contrat. Était-ce là un motif suffisant pour lui refuser la voie de l'excès de pouvoir ? C'est une question que nous examinerons ultérieurement. Constatons seulement, pour le moment, que l'intéressé n'était pas privé de juges ; mais il n'en était pas de même dans les cas où le recours pour excès de pouvoir était présenté par des tiers. N'étant pas parties au contrat, ils ne pouvaient pas en demander la résolution. Le Conseil d'Etat leur refusant, d'autre part, le recours pour excès de pouvoir, ils ne disposaient d'aucun moyen pour faire constater l'illégalité de décisions administratives lésant leurs in-

térêts. Nous trouvons donc encore ici, comme nous avons déjà vu dans la matière des délibérations des assemblées délibérantes engageant des dépenses, un cas dans lequel la théorie du recours parallèle, faussement appliquée, arrivait à supprimer tout contrôle juridictionnel.

Pendant longtemps, ainsi que le faisait remarquer M. le Commissaire du gouvernement Romieu dans les conclusions précitées, cette solution n'avait pas présenté de trop graves inconvénients, parce que les recours formés par des tiers ont été rares, en raison de la difficulté avec laquelle le Conseil d'Etat leur reconnaissait un intérêt suffisant. Mais M. Romieu faisait remarquer en 1905 qu'il ne pouvait plus en être de même désormais.

« Depuis que la loi du 5 avril 1884 a ouvert de la façon la plus large aux citoyens le recours contre les délibérations des assemblées municipales, depuis surtout que vous avez donné à cette disposition une portée beaucoup plus considérable par l'extension de la qualité d'intéressés pour ceux qui peuvent se pourvoir, depuis enfin que vous avez admis le pourvoi des Conseillers municipaux ou généraux contre les délibérations des corps auxquels ils appartiennent, en tant qu'elles portent atteinte à leurs droits comme membres de ces assemblées, de semblables recours peuvent devenir très fréquents et méritent d'être envisagés avec soin. Or, si nous supposons une espèce où un recours puisse être régulièrement introduit par un tiers contre une délibération ou un acte de tutelle, nous ne comprenons pas en vertu de quel principe juridique

la réalisation définitive du contrat fondé sur ces actes administratifs pourra empêcher de former ce recours, bien plus, pourra ultérieurement rendre non recevable le recours déjà formé. »

Il convient de remarquer d'ailleurs que le Conseil d'Etat avait déjà apporté, depuis de nombreuses années, une brèche à sa doctrine dans la matière qui nous occupe en ouvrant à des tiers le recours pour excès de pouvoir contre des adjudications. En principe, les marchés de travaux publics et de fournitures doivent être passés par voie d'adjudication. Par conséquent, le contrat qui intervient entre l'administration d'une part et l'entrepreneur ou le fournisseur de l'autre est précédé d'une procédure au cours de laquelle interviennent deux actes unilatéraux de l'autorité administrative : la décision du Bureau d'adjudication, et l'approbation donnée, suivant les cas, par le ministre ou par le Préfet à cette décision. De très longue date, le Conseil d'Etat a admis le recours pour excès de pouvoir contre ces actes de la part de tiers, savoir de la part des entrepreneurs admis à prendre part à l'adjudication, mais évincés par le Bureau.

On trouve un exemple de cette jurisprudence dans un arrêt du 28 janvier 1836, Charles Séguin et Colin (1). Ces entrepreneurs prétendaient qu'ils avaient été évincés à tort d'un marché dans lequel ils avaient offert le plus fort rabais, et attaquaient l'ordonnance royale approuvant l'adjudication. Leur recours fut déclaré recevable, « Con-

(1) *Recueil* 1836, p. 48.

sidérant que les requérants sont recevables en tant qu'ils attaquent ladite ordonnance comme approuvant une adjudication qu'ils soutiennent irrégulière. »

Plus nette encore est une décision du 26 juillet 1851 (Martin) (1). « Considérant qu'un adjudicataire de fournitures a qualité pour se pourvoir contre toute décision ministérielle qui validerait une adjudication, au profit de son concurrent, en violation des clauses du cahier des charges. »

De nos jours les décisions dans le même sens ne se comptent plus. En 1905, par plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat a délibérément étendu à d'autres matières la solution qu'il avait admise, en faveur des tiers, pour ce qui concerne les décisions des Bureaux d'adjudications. Très significatif à cet égard est l'arrêt Martin du 4 août 1905 (2). Le sieur Martin, conseiller général du Loir-et-Cher, déférait au Conseil d'Etat des délibérations de l'assemblée dont il faisait partie, et qui étaient relatives à des concessions de tramways, pour la raison que, contrairement aux dispositions de l'article 56 de la loi du 10 août 1871, aucune de ces délibérations n'avait été précédée de la communication d'un rapport imprimé du Préfet, qu'elles avaient été prises sur un simple rapport de la commission spéciale et que par conséquent les membres du conseil, qui n'en font pas partie, étaient hors d'état de discuter.

(1) *Recueil* 1851, p. 537.

(2) *Recueil* 1905, p. 749.

A cette requête, le ministre des travaux publics opposait, entre autres fins de non recevoir, que « en ce qui concerne la délibération du 19 août 1903, deux décrets, rendus depuis cette date sur l'avis du Conseil d'Etat, ayant déclaré d'utilité publique les lignes qu'elle concerne, elle a reçu son effet au regard de la compagnie concessionnaire ; que, dès lors, ce n'est plus par la voie de l'excès de pouvoir que le sieur Martin pourrait faire valoir ses prétendus droits. » La théorie de l'incorporation était ainsi bien nettement visée.

Cette théorie fut abondamment et savamment discutée par le Commissaire du Gouvernement, M. Romieu, dont nous avons déjà reproduit plus haut une partie des conclusions. M. Romieu démontrait que l'admission de la fin de non-recevoir proposée par le ministre aurait abouti, dans l'espèce, à un déni de justice.

« Ici, disait-il, la théorie du recours parallèle est inapplicable. D'une part, en effet, le tiers peut n'avoir pas pour objectif la rupture du contrat : il peut se proposer, par exemple, uniquement d'obtenir l'annulation d'une délibération du Conseil général ou municipal comme entachée d'une irrégularité grave, et comme portant atteinte aux droits des membres de ces corps électifs, sans vouloir infirmer les liens contractuels qui ont pu être la conséquence de cette délibération. D'autre part, ce tiers serait sans qualité pour intenter, en son nom personnel, une action devant le juge du contrat : il est certain que, dans l'espèce, le sieur Martin, conseiller général, ne serait pas

recevable à introduire devant le Conseil de Préfecture une demande tendant à l'annulation de la concession. Il n'y a donc pour le tiers d'autre juge que le juge de l'excès de pouvoir : si on déclare le recours pour excès de pouvoir non recevable, il n'y a plus de juge. Tel est le résultat auquel conduit la théorie de l'incorporation des actes administratifs au contrat, quand on l'oppose aux tiers ; en dessaisissant le Conseil d'Etat du jugement de l'excès de pouvoir, elle supprime toute espèce de recours contentieux. Il pourrait mieux se faire qu'un recours régulièrement formé par un tiers, recevable au moment où il était formé, susceptible d'être accueilli par le Conseil d'Etat, s'il y était statué immédiatement, fut déclaré caduc par le fait que le contrat aurait été rendu définitif avant la décision du juge ; la recevabilité du recours du tiers dépendrait donc de la diligence mise par les contractants à faire approuver ou exécuter le contrat, et du retard apporté par le juge à statuer ; il appartiendrait aussi à l'Administration, en retardant l'instruction du recours jusqu'à ce que le contrat soit devenu définitif, d'empêcher le recours d'être jugé. Si une solution qui a de telles conséquences peut se défendre, lorsque le recours émane de l'un des contractants, par les considérations que nous avons exposées tout à l'heure, elle est absolument inadmissible et doit être rejetée dans le cas du recours formé par le tiers, parce qu'elle ne comporte pas alors seulement un changement de juridiction ou de

procédure, mais bien la suppression pure et simple, par un fait étranger au requérant, de toute juridiction .»

Se rangeant à l'avis du Commissaire du Gouvernement, le Conseil d'Etat a reçu le recours formé par le sieur Martin. Il l'a d'ailleurs rejeté au fond, la disposition de l'article 56 de la loi du 10 août 1871 ne faisant « pas obstacle à ce que le Préfet saisisse le Conseil général, même au cours des sessions, soit de rapports complémentaires de ceux déjà présentés, soit même de rapports sur des affaires nouvelles, dont l'instruction n'aurait pu se faire ou être terminée avant l'ouverture des sessions. »

La jurisprudence nouvelle du Conseil d'Etat fut confirmée par un arrêt Petit du 29 décembre 1905 (1). « Le sieur Petit, agissant en sa qualité de contribuable de la commune d'Amélie-les-Bains, déférait au Conseil d'Etat : 1^o un arrêté en date du 1^{er} mars 1901, par lequel le Préfet du département des Pyrénées-Orientales avait approuvé une délibération du Conseil municipal d'Amélie-les-Bains du 31 janvier 1901, adoptant un projet de transaction entre la commune et la société Pereire : 2^o un arrêté du même Préfet du 22 août 1901, approuvant l'acte de transaction signé le 31 Janvier 1901 par le maire d'Amélie-les-Bains et le représentant la société Pereire. Ici encore, par conséquent, les actes attaqués se trouvaient incorporés à un contrat. Le Conseil d'Etat n'hésite plus cependant à admettre le recours, et il prononça même au fond l'annulation des deux arrêtés attaqués, qui avaient été

(1) *Recueil* 1905, p. 1011.

pris par le Préfet sans l'avis du Conseil de Préfecture, exigé par les articles 68 4° et 69 2° de la loi du 5 avril 1884.

Le 6 avril 1906, le Conseil d'Etat recevait également des recours formés, en leur qualité de contribuables, par les sieurs Camut et autres et par le sieur Balliman contre des délibérations du Conseil municipal de Paris relatives à un échange de terrain (1), bien que le contrat d'échange ait été passé au moment où sa décision fut rendue. Des arrêts postérieurs confirment encore la solution adoptée par le Conseil d'Etat, notamment les arrêts Barla du 5 février 1909 (2) et Desieux du 12 novembre 1909 (3).

La théorie de l'incorporation est donc aujourd'hui, et à juste titre, définitivement abandonnée lorsque la requête pour excès de pouvoir est présentée par un tiers non partie au contrat. Comme nous l'avons montré, il n'y a pas dans ce cas de recours parallèle. La situation est évidemment différente lorsque la voie de l'excès de pouvoir est empruntée par l'une des parties. La lui fermer, en la renvoyant devant le juge du contrat, n'équivaut pas alors à un déni de justice. On peut soutenir que l'action contractuelle mise à sa disposition constitue bien un recours parallèle, au sens où cette expression est ou tout au moins a été longtemps entendue par le Conseil d'Etat. Elle remplit en effet les trois conditions d'être juridictionnelle, directe et parallèle. Mais, s'il était vrai, comme nous

(1) *Recueil* 1906, p. 324 et 327.

(2) *Idem*, 1909, p. 134.

(3) *Idem*, 1909, p. 865.

essayerons de le dégager dans un chapitre suivant, que le Conseil d'Etat tendit à exiger également du recours qui doit fermer le recours pour excès de pouvoir qu'il fut dirigé contre l'acte lui-même susceptible d'être déféré pour annulation au Conseil d'Etat, cette condition nouvelle ne se trouverait pas remplie par l'action contractuelle ouverte aux intéressés. L'opération qui aboutit au contrat est complexe. Elle se décompose en une série d'actes et la tendance analytique du Conseil d'Etat est bien d'ouvrir le contrôle juridictionnel à l'occasion de chacun de ces actes séparément. Il pourrait donc être dans la logique du développement du recours pour excès de pouvoir que le Conseil d'Etat admit les parties, aussi bien que les tiers, à lui déférer par ce procédé les décisions administratives qui ont préparé ou approuvé des contrats.

La solution ne serait pas seulement techniquement explicable. Elle serait pratiquement désirable. La décision administrative incorporée à un contrat peut aujourd'hui être déférée au Conseil d'Etat par tout intéressé. Avec l'extension donnée par le haut tribunal administratif à la notion d'intérêt, les intéressés forment des classes nombreuses. Ce ne sont plus seulement, comme autrefois, les quelques entrepreneurs admis par l'Administration à soumissionner dans une adjudication. Ce sont, pour tous les contrats intéressant soit les finances des départements et des communes (1), soit la gestion de leur domaine privé,

(1) Arrêt Casanova 1901.

soit la gestion de leurs services publics, tous les contribuables, c'est-à-dire à peu près tout le monde. Ce seront souvent aussi les membres des assemblées appelés à faire respecter leurs prérogatives (1). Ainsi, le recours pour excès de pouvoir tend, dans ces questions, à devenir une véritable action populaire. On le fermerait seulement aux personnes qui sont, sans aucun doute, les plus directement intéressées, à celles qui se trouvent engagées avec l'Administration par des biens contractuels.

Est-ce encore là aujourd'hui la solution du Conseil d'Etat ? Trois arrêts rendus en 1903 et 1904, dans des conditions particulièrement intéressantes, sembleraient indiquer son intention de l'abandonner (2). Ce sont les arrêts commune de Gorre (11 décembre 1903) (3). Commune de Villers-sur-Mer (22 avril 1904) (4). Commune de Messé (29 avril 1904) (5). Il s'agissait dans ces trois hypothèses de locations d'office, exécutées pour le compte de communes, par un délégué du Préfet et en vertu d'un arrêté de celui-ci. Dans les trois espèces, le Ministre de l'Intérieur soutenait que le recours n'était pas recevable, parce qu'un bail avait été passé à la suite desdits arrêts, et que le seul droit de la commune était de poursuivre devant l'autorité judiciaire l'annulation de ce contrat. Le

(1) Arrêt Bergeon 1903.

(2) Note de M. Hauriou dans Sirey 1906.3.49.

(3) *Recueil* 1903, p. 771.

(4) *Recueil* 1904, p. 325.

(5) *Recueil* 1904, p. 349.

Conseil d'Etat ne s'arrêta pas à ces fins de non recevoir et reçut les recours qui lui étaient présentés par les communes intéressées. Le troisième des arrêts cités contient même cette formule très précise :

« Considérant que la question de savoir si ces arrêtés ont été pris par le Préfet dans la limite de ses pouvoirs est entièrement distincte de celle relative à la validité du bail conclu avec le sieur Sauvage par le délégué du Préfet, en exécution de ces arrêtés ; que, par suite, quel que soit le recours ouvert à la commune de Messé devant l'autorité judiciaire, à l'effet de faire infirmer ce contrat de droit civil, cette commune est recevable à se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre les arrêtés susmentionnés, à la suite desquels ce contrat a été passé.... »

Il est à remarquer que ces arrêts sont antérieurs à l'arrêt Martin que nous avons cité plus haut, et par lequel le Conseil d'Etat a délibérément renoncé à opposer à des tiers la fin de non-recevoir tirée de la théorie de l'incorporation. Peut-être, cependant, ne sont-ils pas aussi significatifs et pour deux raisons.

La première est que les contrats auxquels la décision administrative de tutelle se trouvait « incorporée » étaient des contrats de droit privé, ressortissant à la compétence judiciaire. Le tribunal civil, compétent pour connaître des actions relatives à ces actes, n'avait pas cependant compétence pour examiner lui-même la légalité des décisions administratives les ayant préparés ou suivis. Cet examen constituait une question préjudicielle qui devait

être renvoyée au Conseil d'Etat. Ainsi, ne pouvait-on pas prétendre qu'il y avait un recours parallèle devant le tribunal civil, puisque la question de légalité ne pouvait pas être retenue par ce tribunal. Si le Conseil d'Etat avait repoussé par une fin de non-recevoir le recours pour excès de pouvoir, ce rejet eût abouti à ce que la question de légalité qu'il n'avait pas consenti à examiner sur la demande directe de l'intéressé lui fut revenue ensuite sur renvoi du tribunal civil. En acceptant le recours, il ne pouvait donc pas être accusé d'empiéter sur la compétence du juge du contrat (1).

D'autre part, il faut reconnaître que, dans les espèces qui ont fait l'objet des arrêts précités, les recours se présentaient dans des conditions particulièrement favorables à leur admission. Les communes étaient bien, au sens juridique du mot, des parties aux contrats. Mais, en fait, ce n'était pas leurs représentants réguliers qui avaient passés ces contrats. C'était contre le gré de ces derniers qu'ils avaient été passés. Pour vaincre leurs résistance, le Préfet avait dû nommer un délégué. A supposer que cette désignation d'un délégué eût été faite dans des conditions irrégulières, il aurait été porté atteinte à l'indépendance d'autorités décentralisées ; et le Conseil d'Etat manifestait déjà à cette époque son intention bien arrêtée de protéger cette indépendance contre les tentatives d'empiétement des agents du pouvoir central.

(1) Article de M. Jéze dans l'*Année administrative* 1903, p. 279.

Si les baux avaient été passés du consentement des autorités communales elles-mêmes, et si celles-ci avaient ensuite voulu attaquer les actes de tutelle y afférents leur recours aurait-il été reçu par le Conseil d'Etat ? La chose nous paraît douteuse. Le haut tribunal administratif paraît, en effet, persister à refuser le recours pour excès de pouvoir aux parties au contrat. Cette solution est encore inscrite dans un arrêt Frot du 29 mars 1912 (1). Le sieur Frot, entrepreneur de travaux publics, demandait au Conseil d'Etat l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision du ministre des Travaux publics, en date du 30 janvier 1908, approuvant une adjudication prononcée à son profit ; il prétendait que le Bureau d'adjudication avait à tort refusé de lui restituer la soumission qu'il avait déposée, et d'en accepter une nouvelle. Le Conseil d'Etat déclara que son recours n'était pas recevable, et que la question était de la compétence du Conseil de Préfecture, par application de la loi du 28 pluviôse an VIII :

« Sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, et sur la compétence du Conseil de Préfecture :

« Considérant que le sieur Frot a, d'une part, formé un recours pour excès de pouvoir tant contre la décision de la commission d'adjudication qui l'a déclaré adjudicataire du deuxième lot du canal du Nord, que contre la décision du ministre des Travaux publics en date du 30 janvier 1908 approuvant l'adjudication, et a, d'autre part saisi le Conseil de Préfecture de l'Oise d'une requête

(1) *Recueil* 1912, p. 467.

contestant l'existence et la validité du marché de travaux publics qui aurait été passé avec lui par voie d'adjudication et tendant à obtenir le remboursement des dépenses par lui faites pour l'exécution de travaux et l'allocation de dommages-intérêts ;

« Considérant qu'il appartenait au Conseil de Préfecture seul, en vertu de l'article 4 de la loi sus-visée du 28 Pluviôse an VIII, de connaître dans son ensemble du litige ainsi soulevé ; qu'il suit de là qu'il y a lieu de rejeter comme non recevable le recours pour excès de pouvoir, et, d'autre part, d'annuler l'arrêté par lequel le Conseil de Préfecture de l'Oise s'est déclaré incompétent ».

Ainsi, la solution du Conseil d'Etat, à l'heure actuelle, paraît bien être la suivante : le recours pour excès de pouvoir contre des décisions administratives ayant préparé ou suivi un contrat est ouvert aux intéressés, non parties au contrat ; d'ailleurs, dans ce cas, il n'y a pas de recours parallèle à la disposition des intéressés. Aux parties elles-mêmes, le recours n'est pas toujours ouvert. Il l'est, si le juge du contrat n'a pas qualité pour apprécier lui-même la légalité de la décision attaquée et serait obligé de renvoyer l'examen de cette question, à titre préjudiciel, au Conseil d'Etat par le recours en appréciation de validité. Au contraire, le recours est fermé, si le juge du contrat peut apprécier la légalité.

Pour formuler cette règle d'une manière générale, nous dirons que ne met pas obstacle au recours pour excès de pouvoir que le recours qui permet au tribunal qui en est

saisi d'examiner lui-même la question de légalité qui eût été, par le recours pour excès de pouvoir, portée devant le Conseil d'Etat.

Il nous reste à faire une dernière constatation. Pour revenir à l'espèce qui nous occupe, au cas d'incorporation à un contrat de décisions administratives, la solution actuelle du Conseil d'Etat offre cette contradiction assez choquante que tous les intéressés peuvent former le recours pour excès de pouvoir contre ces décisions, et que seuls sont exclus de ce bénéfice les individus qui sont le plus directement intéressés, c'est-à-dire les contractants eux-mêmes. Tout contribuable peut demander au Conseil d'Etat l'annulation d'une adjudication irrégulièrement prononcée. L'adjudicataire n'a pas cette faculté : il doit agir devant le Conseil de Préfecture (en supposant qu'il s'agisse d'un marché de travaux publics) en résiliation de son contrat. La fin pourrait peut-être dépasser son intention. Il lui est permis de désirer seulement faire constater une irrégularité de procédure, sans pour cela vouloir rompre le lien contractuel qui l'unit à la personne morale administrative. S'il était simple contribuable, cette satisfaction lui serait permise. En doublant sa qualité de contribuable de celle d'adjudicataire, il se la voit enlevée.

§ 3. — LE RECOURS DOIT ÊTRE DIRIGÉ CONTRE L'ACTE LUI-MÊME ET NON CONTRE SES CONSÉQUENCES. — CETTE CONDITION EST-ELLE TOUJOURS APPLIQUÉE ?

Une matière dans laquelle le Conseil d'Etat, après avoir usé pendant longtemps de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle, y a renoncé à une date encore assez récente est celle des délibérations des Conseils généraux prononçant le sectionnement électoral des communes.

En principe les Conseillers municipaux sont élus au scrutin de liste par tous les électeurs de la commune, formant un seul collège électoral. Ce système peut parfois présenter des inconvénients : tel quartier, qui a des intérêts particuliers, peut n'avoir pas de représentants dans le Conseil, ou tout au moins n'y avoir pas le nombre auquel lui donnerait droit sa population. Pour remédier à ces inconvénients, la loi permet, dans certains cas et sous certaines conditions, le sectionnement électoral des communes. Le système n'est pas sans présenter des dangers. Il est à craindre que les élus n'aient une tendance à faire prédominer les intérêts spéciaux de leur quartier sur les intérêts généraux de la commune surtout, le sectionnement peut-être une arme aux mains d'un parti politique. Habilement opéré, il peut servir à déplacer la majorité dans un Conseil municipal : il suffit de découper les cir-

conscriptions de manière à donner au parti que l'on veut évincer de fortes minorités dans la plus grande partie d'entre elles, et, s'il est nécessaire une forte majorité dans l'une. Aussi conçoit-on, que malgré toutes les précautions prises par la loi pour que la division en sections électorales corresponde autant que possible à une diversité réelle d'intérêts, les passions politiques s'agitent autour des questions de sectionnement et se traduisent en de nombreux recours juridictionnels.

Le moyen le plus tentant est évidemment celui qui permet au requérant de faire tomber la décision de sectionnement elle-même *erga omnes*. Aussi, de tout temps, les électeurs intéressés ont-ils songé à déférer pour excès de pouvoir au Conseil d'Etat les décisions des Conseils Généraux sur ces matières. Mais, pendant longtemps également, le Conseil d'Etat a déclaré le recours pour excès de pouvoir non recevable en se fondant sur l'existence d'un recours parallèle. Ce recours était le recours qui pouvait être porté devant le Conseil de Préfecture contre les opérations électorales réalisées sur le sectionnement argué d'illégalité. Le Conseil de Préfecture, saisi des réclamations des électeurs, a en effet compétence pour examiner la légalité des actes qui ont conduit à l'élection.

Dès 1875, la fin de non-recevoir était opposée aux sieurs Testelin, Souis et autres qui demandaient l'annulation pour excès de pouvoir d'une délibération du Conseil Général du Nord opérant la division de la ville de Lille en sections électorales.

« Considérant que si, dans la répartition des Conseillers municipaux à élire entre les sections électorales de la commune de Lille, le Conseil Général a fait une fausse application de la loi, c'était devant le Conseil de Préfecture, juge de la validité des élections municipales que, sous forme de protestation contre les opérations électorales auxquelles il a été procédé à Lille pour la nomination du Conseil municipal, à la suite de la décision du Conseil Général, les électeurs pouvaient se prévaloir de cette violation de la loi pour contester la validité des élections ; qu'ainsi les requérants ne sont pas recevables à attaquer devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, la délibération ci-dessus visée du Conseil Général du département du Nord. » (1)

Cette jurisprudence ne satisfaisait pas les électeurs, qui persistèrent à présenter directement leurs réclamations au Conseil d'Etat sous la forme du recours pour excès de pouvoir. Elle n'était pas en effet sans inconvénients. M. Laferrière le reconnaissait : « En effet, disait-il (1), s'il est reconnu qu'un sectionnement est illégal, et si cependant il n'est pas annulé, il continuera à régir les élections à venir jusqu'à ce qu'il soit rapporté ou modifié par une nouvelle décision, et ces nouvelles élections, entachées de la même irrégularité que les premières, seront fatalement vouées à la même annulation ».

(1) C. d'E. 9 avril 1875. *Recueil* 1875, p. 313.

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 345.

Pour obvier à ces inconvénients, diverses propositions furent présentées au Sénat, lors de la discussion de la loi municipale de 1884, dans le but d'accorder expressément soit aux électeurs; soit aux membres du Conseil Général, soit aux membres du Conseil municipal, un recours administratif ou contentieux tendant à l'annulation de la délibération du Conseil Général (1). Ces propositions n'aboutirent pas.

M. Laferrière estimait que l'échec de ces tentatives ne devait pas être trop regretté, car, à défaut du recours des électeurs, il subsistait toujours le recours ouvert au Préfet par l'article 47 de la loi du 10 août 1871 contre les délibérations définitives du Conseil Général (2). Le Préfet peut, en effet, dans les vingt jours qui suivent la clôture de la session, déférer ces délibérations au Chef de l'Etat, qui peut, par décret rendu en Conseil d'Etat, les annuler pour excès de pouvoir ou violation de la loi. C'était sans doute se contenter trop facilement. Le recours ainsi visé ne peut en aucune façon constituer un recours parallèle au recours pour excès de pouvoir. C'est un simple recours administratif, puisqu'il est statué par un décret du Chef de l'Etat. En outre, il n'est ouvert qu'au Préfet et non à tous les intéressés. Au surplus, la manière dont les Préfets exercent leurs pouvoirs de tutelle, l'influence qu'ils laissent prendre à la politique dans leurs décisions, ne permettent pas de s'en remettre à eux seuls du soin de censurer les

(1) MORGAND : *La loi municipale*, 8^e édit., t. I. p. 142.

(2) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*

délibérations illégales des assemblées régionales et locales.

C'est peut-être sous l'influence de ces considérations que le Conseil d'Etat se décida en 1903 à changer de ligne de conduite. Les circonstances facilitèrent d'ailleurs son évolution. A quelques jours d'intervalle, deux recours lui furent présentés, dont le premier, plus facilement recevable, fraya la voie au second.

Une délibération du Conseil Général de l'Ariège en date du 21 août 1902 avait divisé en sections électorales la commune de Massat. La commune elle-même déféra cette délibération au Conseil d'Etat. C'était la première fois que pareille chose se présentait. Jusqu'alors les recours contre les sectionnements électoraux avaient toujours été formés par des électeurs. Vis-à-vis de ces derniers, le Conseil d'Etat se trouvait fortement armé, car il disposait en réalité à leur égard de deux fins de non recevoir, l'une, que nous connaissons, était tirée de l'existence d'un recours parallèle ; l'autre se fondait sur le défaut d'intérêt des requérants. On pouvait soutenir en effet que les électeurs ne commençaient à avoir intérêt à attaquer le sectionnement qu'après l'élection faite : jusque-là, il ne produisait aucun effet déterminé vis-à-vis d'eux (1).

Vi-à-vis de la commune, l'existence d'un recours parallèle ne pouvait plus être invoquée. Le recours contre les élections municipales n'est ouvert, d'après l'article 37 de la loi du 5 avril 1884, qu'aux électeurs, aux éligibles et au

(1) Sirey 04.3.1. Note de M. Hauriou.

Préfet. Il ne restait donc plus que la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt. Même celle-là était moins forte en ce qui concernait la commune : un sectionnement irrégulièrement opéré peut bouleverser et troubler la situation politique et même morale de la localité ; en outre, si des élections sont faites sur un sectionnement irrégulier et sont ensuite annulées, il faut les recommencer et il en résulte des frais pour la caisse municipale.

Dans ces conditions, bien que le Ministre de l'Intérieur eût opposé le défaut d'intérêt de la commune de Massat, dans l'espèce que nous avons citée, le Conseil d'Etat admit son recours : « Considérant que la commune de Massat est directement intéressée à demander l'annulation tant de la délibération du 21 août 1902, par laquelle le Conseil Général du département de l'Ariège l'a divisée en trois sections électorales, que de l'arrêté préfectoral du 11 août 1902 prescrivant l'enquête à la suite de laquelle a été prise cette délibération. » (1).

Par cet arrêt, la brèche était ouverte. Il devenait difficile au Conseil d'Etat de faire une distinction entre les recours intentés, en matière de sectionnement électoral, par les communes et ceux formés par les électeurs. Aussi, dans un arrêt postérieur de quelques jours seulement à l'arrêt Massat, se décida-t-il à admettre le pourvoi qui lui était présenté par un certain nombre d'électeurs de la commune de Saint-Xandre :

« Considérant que les requérants, électeurs dans la com-

(1) C. d'E. 24 juillet 1903. *Recueil* 1903, p. 556.

mune de Saint-Xandre, ont un intérêt direct et personnel à obtenir l'annulation des délibérations sectionnant cette commune ; Considérant, en outre, que, s'il appartient au Préfet par application de l'article 47 de la loi du 10 août 1871, de demander l'annulation des délibérations du Conseil Général par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique, ce droit ne fait pas obstacle à ce que les particuliers qui se voient lésés par elles les défèrent au Conseil d'Etat statuant au contentieux..... » (1)

La solution ne peut évidemment qu'être approuvée. Nous devons nous demander cependant si elle cadre bien avec la doctrine généralement admise par le Conseil d'Etat. Il nous paraît bien que non. Il nous semble que le recours contre les opérations électorales, porté devant le Conseil de Préfecture, présente bien les caractères qui devraient, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, le faire considérer comme un obstacle au recours pour excès de pouvoir. Ce recours est en effet juridictionnel, puisqu'il est porté devant un tribunal administratif, le Conseil de Préfecture, et qu'appel peut ensuite être interjeté devant le Conseil d'Etat. Il est direct : les électeurs peuvent prendre l'initiative du pourvoi. Enfin, il est parallèle ; il permet de détourner les effets de l'acte, puisqu'il aboutit à l'annulation des élections faites sur le sectionnement irrégulier.

(1) C. d'E. CHABOT et autres, 7 août 1903. *Recueil* 1903, p. 619.

M. Hauriou prétend, il est vrai, que cette dernière condition n'est pas réalisée dans le recours porté devant le Conseil de Préfecture (1). Il croit pouvoir démontrer que, même en admettant la définition donnée par Laferrière du recours parallèle, elle ne peut pas être appliquée à ce recours.

« Cette dernière formule, dit-il, va plus loin que les actions en indemnité, et, en la méditant, on devrait découvrir qu'elle s'appliquait au cas des sectionnements électoraux. En effet, les électeurs avaient-ils un recours leur permettant de détourner les effets du sectionnement avant que ses conséquences ne se fussent produites ? Non, au contraire, ils étaient obligés de subir les conséquences, et de chercher dans l'annulation de l'élection faite sur la base du sectionnement un moyen de les réparer. Le recours contentieux contre l'élection municipale n'était donc pas, au regard du recours pour excès de pouvoir à intenter contre l'acte du sectionnement, d'un parallélisme plus direct que ne l'eût été une action en indemnité.

« Ainsi, dans son ensemble, la jurisprudence sur la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle ne nous paraît pas ébranlée par nos deux décisions ; seulement la condition du parallélisme direct se trouve mieux précisée, et la formule qui cantonne ce parallélisme direct dans les recours qui permettent de détourner les effets de l'acte et non pas dans ceux qui ne permettent que de répa-

(1) HAURIOU, *loc. cit.*

rer les conséquences après les avoir subies, se trouve consacrée. L'avenir nous dira si cette formule ne serait pas susceptible encore de nouvelles applications ».

Ce raisonnement ne nous convainc pas. A notre sens, la solution donnée par le Conseil d'Etat sort nettement de la formule posée par Laferrière. Le recours porté devant le Conseil de Préfecture permet bien de détourner les effets de l'acte. Les opérations électorales seront annulées ; il n'en subsistera rien. Un délai très court est imparti au Conseil de Préfecture pour statuer. Les réclamations des électeurs doivent être consignées au procès-verbal, sinon être déposées, à peine de nullité, dans les cinq jours qui suivent le jour de l'élection, au secrétariat de la mairie, à la sous-préfecture ou à la préfecture. Elles sont immédiatement adressées au Préfet et enregistrées par ses soins au greffe du Conseil de Préfecture. Le Conseil de Préfecture prononce sa décision dans le délai d'un mois à compter de l'enregistrement des pièces au greffe du Conseil de Préfecture ; en cas de renouvellement général, le délai est porté à deux mois. S'il intervient une décision ordonnant une preuve, le Conseil de Préfecture doit statuer définitivement dans le mois à partir de cette décision. Faute par le Conseil d'avoir statué dans les délais indiqués ci-dessus, la réclamation est considérée comme rejetée. Le Conseil de Préfecture est dessaisi ; le Préfet en informe la partie intéressée, qui peut porter sa réclamation devant le Conseil d'Etat ; le recours est notifié dans les cinq jours au secrétariat de la préfecture

par le requérant. Dans le cas où le Conseil de Préfecture a statué, un recours est ouvert contre sa décision soit au Préfet, soit aux parties intéressées. Il doit, à peine de nullité, être déposé au secrétariat de la sous-préfecture ou de la préfecture dans le délai d'un mois, qui court, à l'encontre du Préfet, à partir de la décision et à l'encontre des parties à partir de la notification qui leur est faite. Les parties ont quinze jours pour présenter leurs défenses au secrétariat de la sous-préfecture ou de la préfecture. Les délais pour la constitution d'un avocat et pour la communication au ministère de l'intérieur sont d'un mois pour chacune de ces opérations. Le pourvoi est jugé comme matière urgente (art. 37, 38 et 40 de la loi du 5 avril 1884).

Grâce à ces diverses mesures, une solution définitive peut intervenir dans un délai relativement bref. Mais, jusque-là, les conseillers dont l'élection est contestée continuent à siéger au Conseil municipal. L'article 40 de la loi du 5 avril 1884 contient cette disposition formelle : « Les conseillers municipaux proclamés restent en fonctions jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur les réclamations. » Cette règle est critiquable, en tant qu'elle permet à un conseiller dont l'élection a été annulée par le Conseil de Préfecture, de suspendre l'effet de cette décision en faisant appel devant le Conseil d'Etat. Ainsi, un conseiller irrégulièrement élu peut siéger au conseil et prendre part aux délibérations pendant plusieurs mois. Peut-être cette constatation a-t-elle influen-

cé la décision du Conseil d'Etat. Mais il convient de remarquer que l'admission du recours pour excès de pouvoir contre les décisions de sectionnement ne fait pas nécessairement disparaître cette situation regrettable. Le recours n'est pas suspensif. Or, il s'écoule en général un délai de deux années avant que le Conseil d'Etat rende une décision. Pendant ce délai, toutes les élections doivent être faites en tenant compte du sectionnement. Sans doute, l'inconvénient a tout de même des chances d'être moins grave, moins prolongé avec l'admission du recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi que, si le sectionnement a été prononcé au lendemain des élections générales, il sera presque certain que la décision du Conseil d'Etat aura pu intervenir avant les élections générales suivantes.

Mais une situation analogue se rencontre en matière de contributions directes ; et elle n'a pas encore cependant décidé le Conseil d'Etat à rompre avec l'application de sa théorie du recours parallèle. Le recours en décharge porté devant le Conseil de Préfecture n'empêche pas le contribuable d'être tenu de payer non seulement les douzièmes échus, mais ceux venant à échéance (art. 38 de la loi du 21 avril 1832). L'appel porté devant le Conseil d'Etat contre la décision du Conseil de Préfecture n'est pas non plus suspensif. Sans doute, la loi du 13 juillet 1903, article 17, donne-t-elle la faculté au contribuable de différer le paiement des termes qui viendront à échoir, dans la limite du dégrèvement sollicité

par lui, à la condition d'avoir préalablement, dans sa demande, manifesté cette intention et fixé le montant ou les bases du dégrèvement auquel il prétend ; mais cette faculté ne peut être exercée que si le Conseil de Préfecture n'a pas statué dans les six mois de la demande, laquelle ne peut être présentée qu'après la publication des rôles. En sorte que, dans tous les cas, le redevable se voit obligé de payer la part d'impôt afférente aux sept ou huit premiers mois de l'année. Lorsque c'est la décharge entière de sa contribution qu'il demande, tout ce qu'il est obligé de payer est de l'indû, qui ne lui sera restitué qu'ultérieurement.

A notre sens donc, il y a contradiction entre la solution admise par le Conseil d'Etat en ce qui concerne les recours contre les sectionnements électoraux et celle qu'il maintient en matière de contributions. Sans doute, son évolution dans le premier cas a-t-elle été influencée par l'évidence avec laquelle se manifestaient les inconvénients de l'application de la théorie du recours parallèle et par ce fait qu'il y avait en jeu des intérêts publics, et non plus seulement l'intérêt particulier de redevables contraints de faire l'avance de contributions irrégulièrement imposées. Nous ne méconnaissons pas l'importance de ces considérations de fait. Elles n'empêchent pas qu'au point de vue de la technique juridique, il ne nous paraisse y avoir aujourd'hui un défaut d'harmonie dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. La solution admise en matière de sectionnement électoral nous semble sor-

tir des formules généralement posées pour définir le recours parallèle. Pour l'y faire entrer, il faudrait ajouter une nouvelle condition à celles que doit présenter déjà le recours pour constituer un recours parallèle. Cette condition pourrait s'énoncer ainsi : l'action doit être portée non pas contre les conséquences de l'acte, mais contre l'acte lui-même. L'action ouverte contre les conséquences d'un acte, même si elle remplissait par ailleurs les autres conditions, ne mettrait pas obstacle au recours pour excès de pouvoir contre cet acte. Ainsi dans l'espèce qui nous occupe, le recours ouvert devant le Conseil de Préfecture n'est porté que contre les opérations électorales, qui sont seulement la conséquence, la suite du sectionnement ; il ne doit donc pas fermer le recours pour excès de pouvoir formé contre le sectionnement lui-même.

Mais, bien entendu, cette règle que nous avons dégagée ne peut pas encore être considérée comme admise par le Conseil d'Etat. Elle devrait, en effet, comme nous l'avons montré, exclure de la qualité de recours parallèle les recours formés en matière de contributions directes ou indirectes. Telle n'est pas la solution du Conseil d'Etat.

§ 4. — N'EST PAS CONSIDÉRÉ COMME PARALLÈLE LE RECOURS QUI TEND A LA CONSTATATION D'UN DROIT RÉSULTANT DIRECTEMENT DE LA LOI OU D'UN RÈGLEMENT, ET QUI EST PORTÉ DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT.

La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle s'applique-t-elle avec la même rigueur lorsque le recours est porté devant le Conseil d'Etat lui-même ? En admettant le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ne peut pas être accusé cependant de vouloir troubler l'ordre des compétences. C'est, dans tous les cas, devant lui que le litige doit être porté. Y a-t-il un intérêt majeur à ce qu'il impose aux requérants telle voie de recours plutôt que telle autre ?

Remarquons d'abord que l'intérêt des requérants sera bien souvent d'emprunter la voie de l'excès de pouvoir. Le recours est d'accès plus facile. Il est dispensé du ministère d'avocat ; il est enregistré en débet et les droits d'enregistrement ne sont dûs qu'en cas de rejet total ou partiel de la demande. Ces considérations sont à envisager, surtout dans les instances qui ne mettent en jeu que des intérêts assez faibles.

M. Laferrière reconnaissait lui-même que la théorie du recours parallèle pouvait être interprétée plus libéralement lorsque le Conseil d'Etat seul se trouvait en cause.

« Le Conseil d'Etat doit-il déclarer le recours pour

excès de pouvoir non recevable lorsqu'il en est saisi dans des matières où il est juge de fond, par exemple en matière d'élections départementales, de marchés de fournitures, de liquidations de dettes de l'Etat, de questions préjudicielles touchant à l'interprétation ou à la validité d'actes administratifs... etc. ? Il est certain que, dans ce cas, la procédure d'excès de pouvoir est incorrecte, car la partie possède un autre recours plus complet que celui qu'elle exerce ; elle doit mettre en mouvement le contentieux de pleine juridiction, ou le contentieux de l'interprétation et non le contentieux de l'annulation. Mais on doit reconnaître aussi que l'erreur commise par la requête n'entraîne pas d'infraction grâce à l'ordre des juridictions, puisque c'est toujours devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort que le litige doit être porté. Ce serait donc pousser trop loin la rigueur que de considérer systématiquement le recours pour excès de pouvoir comme non recevable en pareil cas : mieux vaut l'interpréter, lorsque cela est possible, *potius ut valeat quam ut pereat*.

« Mais cette concession ne saurait dépasser certaines limites. Il est évident d'abord que si le Conseil d'Etat n'est saisi que de conclusions à fin d'annulation, en présence de décisions qu'il avait le droit de réformer au fond, il ne peut qu'annuler la décision attaquée ou la maintenir telle qu'elle est, mais non la modifier dans sa teneur.

« D'un autre côté si le recours pour excès de pouvoir

visé un acte qui ne peut jamais être détaché d'un contentieux de pleine juridiction, par exemple un arrêté portant convocation des électeurs ou création de bureaux de vote pour une élection au conseil général, il doit être déclaré non recevable. Dans ce cas, en effet, le recours tendrait à attaquer par voie d'action principale un acte qui ne peut être discuté qu'incidemment et comme élément d'un litige électoral.

« Enfin, il va de soi que, si la partie formait son recours sans le ministère d'un avocat, en se fondant sur ce qu'elle invoque l'incompétence, ou tout autre moyen d'excès de pouvoir, ce recours devrait être déclaré non recevable toutes les fois que la matière comporterait un contentieux de pleine juridiction soumis à la procédure ordinaire du décret de 1806.

« Sous ces réserves, la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle peut être moins sévèrement appliquée, lorsque la partie confond entre elles deux attributions différentes du Conseil d'Etat, que lorsqu'elle confond la compétence du juge des excès de pouvoir avec celle d'un autre tribunal administratif ou judiciaire. » (1)

Il ne paraît pas cependant que, jusqu'à ces dernières années, le Conseil d'Etat se soit montré moins rigoureux dans le maniement de la théorie du recours parallèle, lorsque ce recours était de sa compétence propre. C'est ainsi que, par un arrêt Théveneau du 15 février 1907 (2)

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II. p. 518.

(2) *Recueil* 1907, p. 162.

il a déclaré non recevable la requête présentée par un fonctionnaire colonial, tendant à faire annuler une décision par laquelle le secrétaire général de l'Indo-Chine avait rejeté une demande de remboursement d'une retenue de 3 % opérée sur la solde du requérant. Cette requête, a affirmé le Conseil d'Etat, ne peut pas être introduite sous la forme du recours pour excès de pouvoir, car, « elle tend en réalité à faire reconnaître le droit du sieur Théveneau au remboursement d'une retenue qu'il prétend avoir été indûment opérée sur sa solde supplémentaire coloniale : ainsi cette requête n'a pas effectivement pour objet de faire annuler une décision d'une autorité administrative. »

La même fin de non recevoir a été opposée en 1911 au sieur Desplagues, capitaine au 2^e régiment colonial, qui sollicitait l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision, en date du 24 mai 1910, par laquelle le Ministre des Colonies avait rejeté sa demande en paiement d'indemnité de route et de changement de résidence :

« Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 22 juillet 1806, les requêtes devant le Conseil d'Etat ne peuvent être introduites que par le ministère d'un avocat au Conseil ; que le pourvoi du sieur Desplagues n'est pas au nombre de ceux qui, en vertu de lois spéciales, ou par application de l'article 1^{er} du décret du 2 novembre 1864 sont dispensés de ce ministère ; qu'ainsi, la requête du sieur Desplagues, n'ayant pas été présen-

tée par un avocat au Conseil d'Etat, n'est par recevable » (1)

Un revirement se dessine dans l'arrêt Longueteau du 24 novembre 1911 (2). Le sieur Longueteau, sous-intendant militaire des troupes coloniales, a demandé au Conseil d'Etat d'annuler une décision du Ministre de la Guerre, qui, tout en lui accordant un congé de convalescence de trois mois à passer à la Guadeloupe, sa colonie d'origine, a laissé à sa charge le passage de retour ; il sollicitait en même temps le remboursement des frais qu'il avait exposés pour le paiement de son passage de retour. Le Conseil d'Etat consent à annuler la décision du ministre, qui était irrégulière, mais refuse de statuer sur les conclusions à fin de remboursement.

« Considérant que le Ministre de la Guerre en prescrivant, par la décision accordant au requérant son congé, que le passage de retour resterait à sa charge, a méconnu les dispositions rappelées par lui dans sa requête ; que dès lors, le sieur Longueteau est fondé à soutenir que de ce chef ladite décision est entachée d'excès de pouvoir.

« Sur les conclusions de la requête tendant au remboursement par l'Etat du passage de retour, considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 22 Juillet 1906, les requêtes devant le Conseil d'Etat ne peuvent être introduites que par le ministère d'un avocat au Conseil ; que la demande en remboursement formé par le sieur

(1) C. d'E. 12 mai 1911. *Recueil* 1911, p. 579.

(2) *Recueil* 1911, p. 1077.

Longueueau n'est pas au nombre de celles qui, en vertu de lois spéciales ou par application de l'art. 1^{er} du décret du 2 novembre 1864, sont dispensées de ce ministère ; qu'ainsi ladite demande n'ayant pas été présentée par un avocat au Conseil d'Etat, n'est pas recevable... »

L'arrêt distingue bien la décision exécutoire, d'une part, contre laquelle il admet le recours pour excès de pouvoir, et les mesures d'exécution qui, si elles ont causé un dommage, ne peuvent donner lieu qu'à un recours de pleine juridiction. C'est dans cette distinction que réside son originalité. L'intéressé avait droit, en vertu des règlements à son passage payé. Le ministre lui refuse la gratuité. Sa décision présente le double vice d'être entachée d'illégalité et de méconnaître le droit du fonctionnaire. Sur lequel des deux points va-t-on faire porter le contentieux ? La question de l'illégalité est soulevée directement par le recours pour excès de pouvoir ; c'est par le recours de pleine juridiction que l'intéressé peut faire constater l'existence et mesurer l'étendue de son droit. Mais l'on est ici à l'extrême limite des deux contentieux, à l'endroit où ils se touchent étroitement. Constater l'illégalité de la décision de refus du ministre, c'est implicitement affirmer le droit du fonctionnaire ; constater le droit du fonctionnaire suppose résolue la question de l'illégalité de la décision du ministre. Jusqu'à l'arrêt Longueueau, le Conseil d'Etat aurait repoussé le recours pour excès de pouvoir, en raison de l'existence d'un recours parallèle. En effet, l'action de pleine juri-

diction, dans l'espèce qui nous occupe, présente bien les conditions nécessaires pour constituer un recours parallèle. Le Conseil d'Etat a renoncé à opposer cette fin de non recevoir.

La solution est plus nette et se présente avec un caractère plus délibéré dans l'arrêt Lafage du 8 Mars 1912 (1). Voici les faits : Un décret du 29 décembre 1903 décide que les directeurs et chefs du service de santé recevront une allocation d'indemnité pour frais de représentation aux colonies. Mais une circulaire du Ministre des Colonies, en date du 8 février 1910, a décidé la suppression des allocations prévues, pour frais de représentation, par le décret de 1903 pour les chefs du service de santé. Dans ces conditions, le sieur Lafage, qui remplissait à Saïgon les fonctions de chef du service de santé, a demandé au Ministre des Colonies de liquider à son profit l'indemnité pour frais de représentation à laquelle lui donnait droit le décret de 1903. Le Ministre des Colonies s'en tenant à la circulaire du 8 Février 1910, a rejeté sa demande. Le médecin a alors introduit un recours pour excès de pouvoir contre la décision du Ministre, et ce recours a été déclaré recevable par le Conseil d'Etat.

« Considérant que le sieur Lafage se borne à soutenir que par la décision sus-visée du Ministre des Colonies, il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier, par les règlements en vigueur ; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte

(1) *Recueil* 1912, p. 348.

d'une autorité administrative ; que, par suite le requérant est recevable à attaquer la décision dont s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir. »

Sous une forme concise, la doctrine nouvelle du Conseil d'Etat est affirmée d'une manière très nette. Sa portée est encore précisée par les conclusions très claires et méthodiques du commissaire du gouvernement M. Pichat.

Quelles sont, en général, s'est demandé le savant maître des requêtes, les conditions requises pour que le recours pour excès de pouvoir soit ouvert aux intéressés ? Ces conditions il les réduit à trois : 1° Le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre toute décision d'une autorité administrative ; 2° il ne peut être fondé que sur un moyen d'illégalité ; 3° il ne doit pas troubler l'ordre des compétences.

Or, en l'espèce, il y avait bien tout d'abord une décision, un acte unilatéral d'une autorité administrative. D'autre part, le vice invoqué par le requérant était bien l'illégalité de la décision ministérielle. Le recours était fondé sur la violation des règles de droit auxquels les lois et les règlements soumettent le fonctionnement des services publics. Le droit du sieur Lafage découlait directement d'une disposition légale ou réglementaire, autrement dit d'un statut. Ce n'était pas un droit d'origine contractuelle ou quasi-délictuelle.

Enfin, le recours présenté par le sieur Lafage ne troublait pas l'ordre des compétences. « Le recours pour

excès de pouvoir ne doit pas troubler l'ordre des compétences. Il n'est pas recevable lorsque la partie a à sa disposition, devant une juridiction autre que le Conseil d'Etat, une action lui permettant d'obtenir satisfaction... Faut-il aller plus loin, et dire que, lorsque l'action parallèle s'offre à la partie devant le Conseil d'Etat lui-même, le recours pour excès de pouvoir cesse également d'être recevable ? Nous ne le pensons pas. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas d'empiètement possible du Conseil d'Etat sur la compétence d'une autre juridiction, puisque, sur un recours comme sur l'autre, c'est toujours le Conseil d'Etat qui est compétent. Aussi, ne voit-on pas de motif juridique d'écarter le recours pour excès de pouvoir, si bien qu'au moment ou la fin de non recevoir résultant du « recours parallèle » était le plus en faveur, M. Laferrière ne l'admettait qu'avec beaucoup d'hésitation, lorsque c'était devant le Conseil d'Etat qu'était ouverte l'action parallèle... Ne réduisons pas, lorsque l'ordre des compétences ne l'exige pas, le recours pour excès de pouvoir à n'être qu'une voie exceptionnelle, subsidiaire, ouverte seulement à défaut de toute autre action, et donnons-lui, au contraire, le moyen de remplir le rôle qu'ont entendu lui assigner ceux qui l'ont créé, celui d'un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue. »

Ces conclusions sont hardies. Elles dépassent même l'affaire en cause. Appliquées d'une manière absolue elles aboutiraient à rendre recevable le recours pour

excès de pouvoir contre les autorisations d'établissements dangereux ou insalubres des deux premières classes, dans le cas où l'argument invoqué serait seulement l'illégalité de ces autorisations. Le Conseil d'Etat n'est pas encore allé jusque là ; il est vrai que depuis l'arrêt Lafage, l'occasion ne lui a pas encore, à notre connaissance, été offerte.

Dans tous les cas, nous ne nous considérons pas encore en droit de tenir ce résultat pour acquis. Sans suivre jusqu'au bout le commissaire du gouvernement, tenons-nous en à l'arrêt lui-même et tâchons d'en déterminer exactement la portée. Elle peut, semble-t-il, être indiquée d'une manière précise dans la formule suivante : ne constitue pas un recours parallèle, le recours qui, porté devant le Conseil d'Etat, tendrait à faire constater l'existence d'un droit résultant directement de la loi ou d'un règlement. (1)

Cette formule n'englobe pas les recours en matière d'établissements dangereux, que nous devons bien, tant qu'un arrêt du Conseil d'Etat n'aura pas affirmé un changement de jurisprudence, considérer comme mettant obstacle au recours pour excès de pouvoir. En effet, la question soumise au juge par l'industriel ou le voisin qui lui a déféré une décision administrative portant acceptation ou refus d'un établissement de cette na-

(1) Article de M. Jèze. *Revue du droit public* 1912, p. 266 et suiv.

ture ne porte pas sur l'existence ou l'étendue d'un droit ; elle tend à faire refaire au second degré par le juge l'acte d'un administrateur. (1).

(1) Article de M. Jèze dans la *Revue de droit public* 1909, p. 667 et suiv.

CONCLUSIONS

Il ressort tout d'abord de l'étude de jurisprudence à laquelle nous venons de nous livrer que le Conseil d'Etat incline à restreindre de plus en plus la fin de non recevoir du recours pour excès de pouvoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. Autant qu'il est possible en cette matière de poser des règles précises, une action ne peut aujourd'hui mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir que si elle présente les conditions suivantes :

1° Elle doit être juridictionnelle, c'est-à-dire être portée devant un tribunal. Tout au moins si, au premier degré, elle a le caractère administratif, elle doit, au second degré, devenir contentieuse.

2° Elle doit être directe en ce sens que le requérant doit pouvoir prendre l'initiative du recours. La simple possibilité d'opposer une exception à des poursuites répressives exercées pour contravention à un acte administratif ne ferme pas le recours pour excès de pouvoir contre cet acte.

3° L'action doit être parallèle, ce qui signifie qu'elle doit permettre de détourner les effets de l'acte, et pas seulement de les réparer une fois qu'ils ont été subis. Si l'acte illégal reçoit son exécution, l'intéressé peut, dans bien des cas, obtenir une indemnité. Cette satisfaction n'est pas suffisante pour qu'on puisse lui interdire de demander l'annulation de l'acte lui-même.

4° L'action doit exister d'une manière certaine et pouvoir aboutir dans tous les cas à un résultat positif. Il faut que le requérant soit assuré que la question de légalité qu'il désirait soumettre au Conseil d'Etat au moyen du recours pour excès de pouvoir pourra être examinée par le juge devant lequel il est renvoyé. Cette condition ne peut être réalisée que s'il existe un lien nécessaire entre la légalité de l'acte attaqué et le débat contentieux considéré comme parallèle.

5° L'action doit permettre au juge devant lequel elle est portée d'examiner la question de légalité qui aurait été soumise au Conseil d'Etat. Si le juge est arrêté par cette question de légalité qui n'est pas de sa compétence, si elle constitue une question préjudicielle qui doit être renvoyée à l'examen du Conseil d'Etat par le recours en appréciation de validité, il n'y a pas recours parallèle mettant obstacle au recours pour excès de pouvoir.

6° Enfin n'est pas parallèle l'action qui tend à faire constater l'existence d'un droit découlant directement de la loi ou d'un règlement, et qui serait de la compétence du Conseil d'Etat.

Dans la matière des sectionnements électoraux, le Conseil d'Etat paraît avoir exigé une septième condition : à savoir que le recours soit ouvert immédiatement, à l'occasion même de l'acte qui aurait pu donner naissance au recours pour excès de pouvoir, et que le requérant ne soit pas obligé d'attendre les conséquences de cet acte pour intenter son action. Mais cette condition ne peut pas, comme nous l'avons montré, être posée d'une manière absolue. Elle ne se vérifie pas, en effet, dans les solutions admises encore aujourd'hui pour les recours en matière de contributions directes ou indirectes.

Cette récapitulation des conditions dans lesquelles fonctionne aujourd'hui la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle ne laisse pas que d'être impressionnante. On n'est pas seulement frappé par la complexité des restrictions successivement posées par le Conseil d'Etat. On remarque surtout l'absence de liens, de coordination entre cette série de règles diverses. Nulle raison logique ou juridique ne peut être donnée pour l'adoption d'aucune d'elles. On aboutit à une technique compliquée, mais on sent qu'elle a été construite au jour le jour, par espèces, pour des raisons d'utilité pratique, sans plan d'ensemble, ni idée directrice.

Comment pourrait-il en être autrement d'ailleurs ? Nous avons montré, au début de cette étude, que la doctrine du recours parallèle ne reposait sur aucun fondement rationnel. Comme l'a écrit M. Jacquelin : « La plupart des auteurs s'accordent avec raison pour criti-

quer cette doctrine et pour penser que la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours dit parallèle, constitue une restriction purement arbitraire à l'admission du recours pour excès de pouvoir. » (1)

Le fait est que le Conseil d'Etat s'est servi de cette fin de non-recevoir, comme de celle tirée d'un défaut d'intérêt, pour éviter l'afflux des recours. Pour hardie qu'ait été sa jurisprudence dans cette matière de l'excès de pouvoir, elle n'a pas cessé d'être prudente. Ce n'est que par degrés, insensiblement, qu'il a étendu son contrôle de l'observation de la légalité par les agents administratifs. Au fur et à mesure que son autorité s'affermissait, et non sans que des périodes de recul se produisissent, il a soumis à son examen sévère et impartial de nouvelles couches d'actes, il a ouvert l'accès de sa barre à de nouvelles catégories d'administrés. Peu à peu les barrières qu'il avait opposées s'effritent et tombent. Sous les instances des justiciables et aussi sous la poussée de la logique, tout ce qu'il y avait d'arbitraire, d'artificiel, dans le recours pour excès de pouvoir se désagrège et disparaît. Débarrassé de cette enveloppe qui en cachait le sens véritable, le recours apparaît avec ses caractères essentiels et distinctifs. Lorsque ce travail de transformation sera terminé, que restera-t-il de la doctrine du recours parallèle ?

En son essence le recours pour excès de pouvoir a pour

(1) JACQUELIN : *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 245.

objet la constatation de la légalité ou de l'illégalité d'un acte. Il se distingue donc du contentieux de pleine juridiction, qui tend à faire constater l'existence et mesurer l'étendue d'un droit (1). Il est très largement ouvert, au point qu'il tend à devenir une véritable action populaire (2). Au contraire le recours de pleine juridiction n'est donné qu'aux parties qui invoquent un droit méconnu. D'autre part le recours pour excès de pouvoir aboutit à une décision ayant un effet absolu : l'acte est annulé *erga omnes*, au contraire la décision rendue sur un recours de pleine juridiction n'a que l'autorité relative de la chose jugée ; son effet est limité aux parties en cause.

Etant donné cette divergence des deux contentieux, il ne peut pas y avoir de communication de l'un à l'autre. L'existence d'un contentieux de pleine juridiction ne doit, en aucun cas, être un obstacle à l'exercice du recours pour excès de pouvoir. La solution de l'arrêt Lafage (3) mérite à cet égard une pleine approbation, et elle paraît indiquer, de la part du Conseil d'Etat, la volonté d'apporter dans sa jurisprudence des vues plus méthodiques. Jamais l'opposition ne s'était manifestée aussi clairement, aussi violemment pourrait-on dire, entre le contrôle de l'excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction. Il n'est pas inutile de rappeler ici

(1) TOURNYOL DU CLOS : *Le recours pour excès de pouvoir*.

(2) BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 966.

(3) (Voir plus haut chapitre II, paragraphe 4).

brièvement l'espèce. Un fonctionnaire prétend qu'un règlement lui donne droit à une indemnité ; le ministre la lui refuse. Deux voies de droit s'ouvraient dès lors devant l'intéressé : la voie de l'excès de pouvoir tendant à faire constater l'illégalité de la décision ministérielle ; le contentieux de pleine juridiction, tendant à faire constater le droit du requérant et en ordonner la réalisation, c'est-à-dire prononcer une condamnation contre l'Etat. Ces deux voies, n'ayant pas le même objet, ne peuvent pas se confondre. Le Conseil d'Etat l'a compris et n'a pas fermé la voie de l'excès de pouvoir pour obliger le fonctionnaire à emprunter celle du contentieux de pleine juridiction.

Que l'on remarque bien la différence ! Si l'intéressé demande seulement le paiement d'une certaine somme, il y a là une question qui n'intéresse juridiquement que lui, que lui seul peut soulever, dont la solution n'a d'effet que vis-à-vis de lui. Au contraire, la question de la légalité de la décision ministérielle est d'ordre plus général. Tous les fonctionnaires de la même catégorie que le requérant ont intérêt à connaître l'interprétation légale qui doit être donnée à un décret réglementant leur situation. Tous ces fonctionnaires doivent donc être admis à exercer le recours pour excès de pouvoir, bien que la décision ait été rendue à l'égard d'un individu. Telle est bien la logique juridique. Telle devait être dans la jurisprudence la conséquence de l'arrêt Lafage. Elle s'est en effet manifestée dans l'arrêt « Fédération nationale des

professeurs de lycée du 17 janvier 1913 (1). Le Ministre de l'Instruction publique avait liquidé la pension de retraite d'un chargé de cours de lycée en décidant qu'il n'y avait pas lieu de lui tenir compte d'un congé d'inactivité avec traitement. La Fédération nationale des professeurs de lycée a déféré cette décision au Conseil d'Etat, en arguant qu'elle était entachée de violation de la loi. Son recours a été reçu par le Conseil d'Etat, qui a annulé la décision du Ministre.

Malheureusement cette solution, le Conseil d'Etat ne l'admet encore que lorsque l'action de pleine juridiction est portée devant lui. Quand elle est de la compétence d'un autre tribunal, il applique sa théorie du recours parallèle. Il en est ainsi en matière de contributions directes ou indirectes. Les contribuables peuvent demander, suivant les cas, au Conseil de Préfecture ou à un tribunal judiciaire, de constater l'inexistence ou de mesurer l'étendue de leur dette d'impôt. Il y a bien là un contentieux de pleine juridiction ; et c'est à raison de l'existence de ce contentieux que le Conseil d'Etat ferme aux intéressés le recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives qui ont abouti à l'établissement de cette dette. Même solution pour les recours concernant les décisions des Bureaux d'adjudication ou les actes de tutelle les approuvant : l'adjudicataire est renvoyé devant le juge du contrat, qui sta-

(1) *Revue de droit public* 1913, p. 532.

tuera sur ses droits, mais ne tranchera pas directement la question de la légalité de ces actes.

Nous ne prétendons pas cependant qu'il ne doive jamais y avoir de recours qui puissent mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir. Mais, seuls, peuvent avoir effet sur ce recours, ceux qui tendent au même objet, qui sont ouverts aussi largement et qui produisent le même effet absolu.

Il n'y a plus alors, en réalité, une fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle : il y a application des règles générales de compétence. Le Conseil d'Etat est juge de droit commun du contentieux de la légalité (1) ; mais il cesse d'être compétent dès que la loi a attribué spécialement compétence à un tribunal déterminé.

Quels seraient alors les principaux cas dans lesquels le Conseil d'Etat devrait repousser le recours pour excès de pouvoir ?

Ils se rencontreraient d'abord dans la matière du contentieux des listes électorales et des élections. L'examen des tribunaux spécialement désignés pour connaître de ce contentieux peut porter en effet sur des questions de légalité. Les recours sont ouverts très largement à tous les électeurs. La décision a un effet absolu.

Nous admettrions volontiers aussi, conformément à la

(1) Nous employons cette expression parce qu'elle est aujourd'hui couramment admise, mais nous remarquons qu'il n'y a pas là un véritable contentieux.

jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, que les délibérations des Conseils municipaux entachés d'excès de pouvoir ou de violation de la loi ne peuvent pas faire l'objet direct d'un recours pour excès de pouvoir, et qu'elles doivent être préalablement déferées au Préfet en Conseil de Préfecture.

Peut-être enfin le recours pour excès de pouvoir pourrait-il être fermé également à l'encontre des décisions rendues sur les demandes d'autorisation d'établissements dangereux, insalubres ou incommodes. Le recours spécial institué par le décret du 15 octobre 1810 présente, en effet, les mêmes caractères essentiels que le recours pour excès de pouvoir. Il permet de porter devant le juge la question de la légalité des arrêtés attaqués. Il est ouvert non seulement aux industriels demandeurs eux-mêmes, mais encore à tous les intéressés. La décision a un effet absolu.

Quelle devrait être la solution pour les arrêtés préfectoraux autorisant l'occupation temporaire de terrains en vue de l'exécution de travaux publics, ou pour les arrêtés municipaux prescrivant l'exécution de travaux d'assainissement dans les immeubles particuliers ? Ces arrêtés sont, comme nous l'avons vu, susceptibles de recours devant le Conseil de Préfecture. Ce tribunal a compétence pour examiner leur légalité. Sa décision produit un effet absolu. Nous trouvons donc là deux des traits caractéristiques du recours pour excès de pouvoir ; mais le troisième manque. Le recours devant le Conseil de

Préfecture n'est accessible qu'aux propriétaires menacés d'occupation ou contraints à l'exécution de travaux. Il n'est pas ouvert à tous les intéressés, au sens très large où ce mot est entendu dans le recours pour excès de pouvoir. Par exemple, si l'arrêté du maire prescrivant des travaux d'assainissement est entaché d'illégalité, tous les propriétaires, et surtout leur Chambre Syndicale peuvent avoir intérêt à faire constater cette illégalité ; or, ils ne seraient pas admis comme demandeurs devant le Conseil de Préfecture. Force est donc de leur ouvrir le recours pour excès de pouvoir. Pour le propriétaire directement intéressé dans l'affaire, la solution devrait-elle être autre ? Nous ne le pensons pas. Il paraîtrait illogique de donner moins de facilités au principal intéressé pour se défendre qu'à ceux dont l'intérêt est moins immédiat.

Ainsi, dans la théorie que nous défendons, les cas dans lesquels le recours pour excès de pouvoir contre des décisions d'autorités administratives devrait être écarté deviendraient très rares. La fin de non-recevoir ne pourrait plus être opposée notamment aux recours formés contre les décisions unilatérales prises en matière de contributions directes ou indirectes.

En somme, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'est plus aujourd'hui très éloignée de la solution que nous proposons. Nous reconnaissons l'habileté et la prudence avec laquelle le haut tribunal administratif a su, au milieu de toutes sortes de difficultés pratiques, établir et étendre progressivement son pouvoir de contrôle. Sa

jurisprudence s'est développée avec une puissante lenteur, comme un fleuve majestueux et bienfaisant. Nous apprécions trop la valeur de cette évolution mesurée pour préconiser un changement de méthode. Si nous estimons que, dans la création prétorienne du droit à laquelle procède avec maîtrise le Conseil d'Etat, les principes et la logique juridique doivent servir de phare, nous nous en voudrions de rejeter, au nom de la raison, toutes les considérations d'utilité pratique, et de conseiller, par esprit de système, de brûler les étapes. Mais aujourd'hui, pour rompre définitivement avec la théorie du recours parallèle, il ne reste plus au Conseil d'Etat qu'un pas à franchir, et nous souhaitons qu'il s'y décide au plus tôt.

Vu et approuvé, le Président,
René JACQUELIN.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
ISTRIA.

Vu : Le Doyen,
F. LARNAUDE.

BIBLIOGRAPHIE

- AUCOC. — *Conférences sur le droit administratif*, 3^e édit.
- BAUDOIN. — *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*. Paris 1904.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^e édit. 1913.
- DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*, 5 vol. Paris, 7^e édit. 1897.
- DUGUIT. — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris 1901.
- *L'Etat, les gouvernants et les agents*. Paris 1903.
- HAURIOU. — *Précis de droit administratif*. Paris, 6^e édit. 1907.
- JACQUELIN. — *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*. Thèse. Paris 1881
- *Les principes dominants du contentieux administratif*. Paris 1899.
- JÈZE. — *Les principes généraux du droit administratif*. Paris 1904.
- *Eléments de droit public et administratif*. Paris 1910.

LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative.*
2 vol. Paris, 2^e édit. 1896.

MARIE. — *Le droit positif et la juridiction administrative.* 2 vol. Paris 1903.

TEISSIER. — *La responsabilité de la puissance publique*
(article dans le répertoire de droit administratif).

TOURNYOL DU CLOS. — *Essai sur le recours pour excès de pouvoir.* Thèse. Paris 1905.

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

Revue du droit public et de la Science politique.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

L'année administrative 1903 et 1904.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE	
Les motifs invoqués en faveur de la doctrine du recours parallèle.....	5
DEUXIÈME PARTIE	
Les conditions que doit présenter un recours pour mettre obstacle au recours pour excès de pouvoir....	21
CHAPITRE I. — LES CONDITIONS INDIQUÉES PAR LA FERRIÈRE.....	21
§ 1. — <i>Le recours doit être juridictionnel</i>	21
§ 2. — <i>Le recours doit être direct</i>	35
§ 3. — <i>Le recours doit être parallèle</i>	47
§ 4. — <i>Cas d'application de la théorie</i>	65
CHAPITRE II. — LES CONDITIONS TIRÉES DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU CONSEIL D'ÉTAT.....	75
§ 1. — <i>Le recours doit exister et aboutir à un résultat certain</i>	75
§ 2. — <i>Le recours doit permettre au tribunal d'apprécier lui-même la question de légalité</i>	90

§ 3. — <i>Le recours doit être dirigé contre l'acte lui-même et non contre ses conséquences. Cette condition est-elle toujours appliquée ?</i>	111
§ 4. — <i>N'est pas considéré comme parallèle le recours qui tend à la constatation d'un droit résultant directement de la loi ou d'un règlement et qui est porté devant le Conseil d'État</i>	123
CONCLUSIONS	135
BIBLIOGRAPHIE	147

ANGERS, IMP. J. SIRAUDEAU. — 14-2003



